

# DE Vernietiging door de Raad van State van de Weigeringsbeslissing te benoemen bij discretionaire bevoegdheid

## INLEIDING

1. Hoewel essentieel in een rechtsstaat stuit de correcte uitvoering van een annulatiearrest van de Raad van State op meerdere moeilijkheden. Nochtans stelde A. DE PAUW reeds „*dat er in het gehele administratieve recht geen belangrijker probleem is dan dat der middelen om de administratie te verplichten zich te schikken naar de beslissingen van de Raad van State en dat wanneer er geen middel is om het bestuur te verplichten zich te onderwerpen aan arresten, heel de rechtspraak slechts een theoretische uitlegging is, zonder praktische gelding, slechts een academische of doctrinale discussie*”(1). De toegang tot de rechter, die een wezenlijk kenmerk is van de rechtsstaat, is immers illusoir, indien de door de rechter gewezen beslissing niet of onvolledig zou worden uitgevoerd (2). Niet alleen in de rechtsleer wordt daarop gewezen, ook de rechtspraak oordeelt dat het gevolg van een vernietigingsarrest niet mag worden herleid tot een „*onschadelijke abstracte denkoefening zonder vat op de werkelijkheid en dat het doel van een annulatiearrest het herstellen is van concrete rechtssituaties*”(3).

---

<sup>1</sup> A. DE PAUW, „De gevolgen van een annulatiearrest van de Raad van State uitspraak doende in een beroep tot nietigverklaring wegens onwettelijkheid van de eigenlijke bestuurlijke akten of reglementen”, *T.B.P.*, 1966, 83-104 (97), vn. 162.

<sup>2</sup> Cf. Hof Mensenrechten, HORNSBY, 19 maart 1997, *Rep. Eur. Court H.R.* 1997, I, 495, *N.J.B.*, 1997, 1935. In deze rechtszaak werd vastgesteld dat de nationale overheid meer dan vijf jaar had gewacht om zich te schikken naar twee arresten van de Raad van State. Daardoor werd art. 6.1. E.V.R.M. van elk nuttig effect beroofd. Het Hof Mensenrechten oordeelt in de tweede zaak HORNSBY dat in billijkheid een bedrag dient te worden toegekend, onder meer voor het ondergane diepe gevoelens van onrechtvaardigheid dat te wijten is aan het feit dat het (...) bestuur de arresten van een Internationale rechtbank en van het Administratieve opperste Gerechtshof niet naleeft, (Hof Mensenrechten, HORNSBY, 1 april 1998, *Rep. Eur. Court H.R.* 1998, II, 727).

<sup>3</sup> R.v.St. nr. 19.250, JANSSENS, 14 november 1978.

2. Maar volgens A. VAN OEVELEN moet worden toegegeven dat het voor het bestuur niet altijd gemakkelijk is om precies vast te stellen wat een door de Raad van State aangenomen vernietigingsgrond als rechtsherstel vereist (<sup>4</sup>).

De rechtspraak van de Raad van State is niet ongevoelig voor die opmerking. Het arrest ZOETE (<sup>5</sup>) toont aan dat de rechter zich daarvan bewust is waar het stelt dat de bestuursoverheid - ook al is ze van goede wil - zich niet steeds precies rekenschap geeft van wat een door de Raad van State aangenomen vernietigingsgrond als rechtsherstel vereist of hoe ze bij het verlenen van dat rechtsherstel moet tewerk gaan. Dit kan gelden als één van de redenen waarom de motivering van dit arrest zo omstandig is. Bepaalde rechtsleer, o.a. D. LAGASSE, vraagt trouwens om meer zulke uitgebreide motiveringen. Hij zegt dat men beter het kwaad voorkomt dan het te moeten genezen en stelt verder dat een groot aantal moeilijkheden bij de uitvoering van arresten van de Raad van State kan worden voorkomen indien de administratieve rechter vaker zijn "*imperatoria brevitatis*" zou vergeten, meer uitleg zou verschaffen in zijn arresten over wat er precies miskend is en ook zou aangeven hoe de uitvoering ervan kan geschieden. Hij wijst erop dat de rechter daarmee zijn bevoegdheid niet overschrijdt. Immers, ingeval later de partij die niet de uitvoering heeft gekregen die zij beoogt, de rechter weer aanspreekt, moet deze dan toch de wijze van rechtsherstel aangeven (<sup>6</sup>). Die laatste opvatting is overigens ook terug te

---

<sup>4</sup> A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984", R.W., 1984-85, 1413-1431 (1422). Zo ook M. STORME die stelt dat het wel evident is dat de overheid wier beslissing door de Raad van State wordt vernietigd, zich daarnaar moet gedragen, maar dat de vraag gesteld kan worden hoe dit te realiseren ("Zoute nootjes bij "zoete" arresten", R.W. 1984-85, 1410). Voor een bespreking van het begrip "rechtsherstel", zie S. LUST, *Raad van State. Afdeling administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2000, (526 p.), 26-34, nrs. 12-15.

<sup>5</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>6</sup> D. LAGASSE, *La responsabilité des pouvoirs publics, Actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991 par la faculté de droit de l'université catholique de Louvain et la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 1991, 223 nr. 19. Zie voor gevallen waarin de verzoeker daarvoor weer de rechter moest aanspreken, o.a. R.v.St.

vinden in het voormelde arrest ZOETE waar het oordeelt dat de Raad van State een tweede vordering tot vernietiging kan toewijzen wegens schending van het gezag van gewijsde, na eerst nader te hebben bepaald wat uit de vernietigingsgrond van het vorige arrest in verband met het toe te kennen rechtsherstel moet worden afgeleid.

Dit betekent dat de Raad van State bevoegd is om vast te stellen wat een bepaalde vernietigingsgrond concreet als rechtsherstel oplegt <sup>(7)</sup>. Dat kan dit rechtscollege nog meer vandaag de dag, want om te weten of een dwangsom moet worden opgelegd, aldus het arrest BABYLON, moet de Raad van State zich uitspreken over de vraag of een van zijn vernietigingsarresten werd uitgevoerd, al is er geen wetsbepaling die de Raad van State daartoe bevoegd maakt <sup>(8)</sup>.

Niet alleen nadat een annulatiearrest is uitgevoerd, maar reeds vanaf de eerste vernietiging moet de administratieve rechter zich ervan bewust zijn dat het noodzakelijk is in een arrest uit te leggen wat het bestuur daarna te doen staat. Daar gaan af en toe stemmen voor op, zo bijvoorbeeld O. DAURMONT <sup>(9)</sup> die ervoor pleit dat een annulatiearrest er zich niet mag toe beperken te stellen dat er miskenning van een rechtsregel is, maar tevens moet uitleggen waarin die rechtsregel is geschonden. Aldus geeft de uitspraak aan hoe het bestuur moet handelen om de wettigheid te respecteren. Ook beklemtoont zij dat dit enkel de uitoefening van de rechtsprekende bevoegdheid omtrent de wettigheid van een administratieve rechtshandeling door de Raad van State is, zonder dat de administratieve rechter bij die werkwijze kan worden verweten een injunctie te geven aan de overheid.

Volgens de minister van Binnenlandse Zaken zou overigens het omgekeerde aan de Raad van State kunnen worden verweten

---

nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT van 1 december 1965 ; R.v.St. nr. 26.361, DE WILDE en PIETERS van 15 april 1986.

<sup>7</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, overw. 8.3.3.6.

<sup>8</sup> R.v.St. nr. 47.474, BABYLON, 17 mei 1994.

<sup>9</sup> O. DAURMONT, "Une autorité n'est elle jamais tenu de nommer ? Bedenkingen bij de opeenvolgende arresten BOURGEOIS", *Dr. Comm.*, 1995, 74.

indien men zijn inleidende uiteenzetting naar aanleiding van de toekenning aan de Raad van State van de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom leest en waarbij hij stelt dat *"de invoering van de dwangsom ook inhoudt dat de Raad van State in het arrest waarbij de dwangsom wordt opgelegd duidelijk zal moeten aangeven wat de concrete gevolgen ervan zijn"* en daaraan toevoegt *"dat dit nu soms problemen doet rijzen"* <sup>(10)</sup>.

3. De wijze van uitvoering van een arrest aanduiden, is één zaak, wat het bestuur aan uitvoeringsmogelijkheden na een arrest heeft, is een andere zaak. Er wordt in de verdere analyse onderzocht hoe de Raad van State op die uitvoeringsmogelijkheden kan inwerken door een bepaalde techniek te hanteren. W. LAMBRECHTS schreef reeds in 1988 *"dat de Raad van State, sinds kort op dat ogenblik, een nuttige techniek hanteert om het te verlenen rechtsherstel aan te duiden (...) en in de motieven van het arrest aangeeft hoe rechtsherstel moet worden verleend"* <sup>(11)</sup> ; de auteur doelt in die passage op de vernietiging van weigeringsbeslissingen bij gebonden bevoegdheid.

Het rechtsherstel alleen in de motieven van het arrest aanwijzen, is niet voldoende. Er wordt geanalyseerd hoe het dictum van het annulatiearrest op een andere wijze kan worden geformuleerd. Het is merkwaardig dat J. MERTENS DE WILMARS in 1972 ook aan die combinatie van overwegingen en dictum dacht, waar hij schrijft dat *"de uitspraak verder moet reiken dan alleen vernietiging van de weigering om te beslissen"*.

Hij oppert verder dat *"uit het arrest niet alleen zou moeten blijken dat het bestuur moest handelen, maar tevens welke materieel-rechtelijke inhoud de te verrichten rechtshandeling behoorde te*

---

<sup>10</sup> Parl. St. Senaat, 1989-1990, nr. 984-2, 3. Zie ook J. VANDE LANOTTE, "De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden, een docudrama", R.W. 1989-1990, 566 : *"Een in onduidelijke bewoordingen gesteld arrest, geeft de betrokkene waar hij recht op heeft, maar verhindert niet dat het bestuur bij volgende analoge situaties het even moeilijk heeft om een juridisch correcte houding te bepalen"*.

<sup>11</sup> W. LAMBRECHTS, *Geschillen van Bestuur*, Kluwer rechtswetenschappen Antwerpen, 1988, 211.

hebben en geeft aan dat dit op verscheidene manieren te verwezenlijken is : door de combinatie van overwegingen en dictum, door een gedeeltelijke vernietiging en, meer in het algemeen, door elke benadering die het onderscheid tussen volle omvang en vernietiging wat minder scherp maakt dan tot dusverre nodig werd geacht." <sup>(12)</sup>

4. Wat binnen het bestek van dit werk wordt onderzocht, heeft betrekking op de rechtsvraag hoe de Raad van State in zijn dictum een rechtsplicht tot handelen ten opzichte van de overheid kan vaststellen door middel van de toewijzing van een vordering. Voor veel rechtzoekenden ligt de enige waarde van de rechterlijke uitspraak immers in wat een vernietigingsarrest bij zijn uitvoering oplevert. Maar de vernietiging van een benoeming kan vaak slechts een herstel van de wettigheid zonder weerslag op de rechtssituatie van de verzoeker betekenen. De betere kandidaat moet eventueel blijven beroep instellen bij de Raad van State terwijl zijn benoemingskansen mogelijk bij elk beroep kunnen verminderen. Door in hetgeen volgt, op te komen voor de vernietiging van weigeringsbeslissingen, wordt betracht de uitvoering van een arrest van de Raad van State een heel precieze richting te geven zodat effectief rechtsherstel <sup>(13)</sup> kan geschieden.

5. Ofschoon dit onderzoek betrekking heeft op de weigeringsbeslissingen in het ambtenarencontentieux, kan de gevolgde gedachtengang gelden telkens de overheid iemand iets weigert waar die betrokkene recht of rechtmatige aanspraken op heeft. Zo kan bijvoorbeeld de geweerde inschrijver bij een openbare aanbesteding de vernietiging verkrijgen van de beslissing waarbij de werken niet aan hem worden toevertrouwd <sup>(14)</sup>. Bij gebonden bevoegdheid is de overheidsverplichting

---

<sup>12</sup> J. MERTENS DE WILMARS, "Het legaliteitstoezicht op de impliciet afwijzende beslissingen", R.W., 1971-72, 1526-1534 (1532).

<sup>13</sup> Art. 13 E.V.R.M. en art. 2, al. 3 I.V.B.P.R. ; bijvoorbeeld S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 178 nr. 97.

<sup>14</sup> R.v.St. nr. 91.355, N.V. AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE, 5 december 2000 (affirmatie dat verzoekende partij de enige regelmatige inschrijver was, vernietiging van de beslissing waarbij de werken niet aan haar werden

aanwezig om te handelen in overeenstemming met het recht, waardoor er een plicht voor de overheid en een recht voor de kandidaat-rechtsonderhorige aanwezig is. Bij discretionaire bevoegdheid is er evengoed de overheidsverplichting om te handelen in overeenstemming met het recht, maar niet de plicht om een welbepaalde beslissing te nemen zodat er geen recht op een begunstigende beslissing voor de kandidaat-rechtsonderhorige kan onderkend worden. Derhalve is het "recht hebben" op een bepaalde overheidsbeslissing het geval bij gebonden bevoegdheid terwijl het "rechtmatige aanspreken" hebben op die beslissing het geval is bij discretionaire bevoegdheid.

6. Het onderzoek is hoofdzakelijk op de rechtspraak van de Raad van State gesteund doordat met rechtspraakanalyse de techniek om het beoogde resultaat te bereiken, kon worden gevonden ; wat de algemene begrippen betreft leek het qua jurisprudentiële onderbouw het meest aangewezen maar ook voldoende - nu dit werk zoekt een stelling te onderbouwen zonder handboekmatig de gehanteerde begrippen te ontleden - de wijze te belichten waarop de administratieve rechter die begrippen benadert.

In de rechtsleer is omtrent de door dit werk voorgestane jurisprudentiële werkwijze omzeggens niets terug te vinden ; daaruit worden derhalve ideeën geput of er wordt naar verwezen bij aanknopingen met de reikwijdte waarbinnen de Raad van State zijn annulatiebevoegdheid uitoefent en bij het onderzoek tot hoever het rechtsherstel kan reiken dat daardoor geschiedt.

Welke wettelijke middelen daarnaast ter ondersteuning daarvan de rechtzoekende ter beschikking staan, zoals de schorsing van de tenuitvoerlegging van de administratieve rechtshandeling, de mogelijkheid tot het uitlokken van een voor

---

toevertrouwd) ; R.v.St. nr. 93.099, N.V. BETONAC, 6 februari 2001 (de opdracht dient te worden gegund aan verzoekende partij) ; R.v.St. nr. 95.905, B.V.B.A. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS, 29 mei 2001 (de opdracht had dienen toevertrouwd te worden aan de verzoekende partij) ; R.v.St. nr. 116.071, N.V. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS, 18 februari 2003 : "*dat aldus met de bestreden toewijzingsbeslissing de opdracht niet is toegewezen aan de laagste inschrijver (...)*". Ook in dit arrest wordt de weigering vernietigd om de opdracht aan verzoekende partij toe te wijzen.

annulatieberoep vatbare beslissing, de vordering tot het opleggen van een dwangsom en van voorlopige maatregelen, wordt ook besproken, doch gericht op de rechtzoekende. Dat houdt in dat bij de bespreking van deze "ondersteunende" middelen niet zozeer de volledigheid centraal staat doch wel het antwoord op de vraag hoe het herstel van de rechtmatigheid in de praktijk kan worden bewerkstelligd. Dat betekent o.m. dat eerder die rechtspraak wordt weergegeven die de schorsing van de tenuitvoerlegging, de dwangsom, de voorlopige maatregelen heeft toegewezen als dat vooral gevallen worden aangehaald waarbij de Raad van State dit niet heeft gedaan.

7. Wat het benoemingscontenieux betreft kan, - algemeen gesteld - een kandidaat op drie manieren een benoeming verkrijgen :

- *rechtstreeks uit kracht van de wet* : ingeval een rechtsregel voorhanden is die inhoudt dat wie aan bepaalde voorwaarden voldoet of in bepaalde omstandigheden verkeert, wordt (geacht) benoemd (te zijn) zonder dat ter uitvoering daarvan nog een formeel individueel benoemingsbesluit moet worden genomen <sup>(15)</sup>. Die situatie doet zich echter slechts uitzonderlijk voor (eerste hypothese ) ;

---

<sup>15</sup> Zo blijkt uit de wet van 29 mei 1959 dat de door het Gebouwenfonds voor de Rijksscholen overgenomen personeelsleden van het Fonds voor de schoolgebouwen en gebouwen in schoolverband van het Rijk uit kracht van de wet personeelslid van eerstgenoemd Fonds zijn geworden (R.v.St. nr. 18.621, AWOUST en cons., 8 december 1977). Zie ook het arrest LECLERCQ : „De personeelsleden tewerkgesteld in de Dienst der gemengde loopbanen op de datum van de bekendmaking van deze wet, worden, op deze datum, benoemd en bevestigd in hun oorspronkelijke administratie of instelling, in de graad en met de hoedanigheid en wedde die zij op dat ogenblik in de Dienst der gemengde loopbanen hebben. Uit de parlementaire voorbereiding van die bepaling blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was de toestand van de personeelsleden te verzekeren, ofschoon de regelmatigheid van de bevorderingen van tachtig onder hen betwist was geweest en ondanks de tegen die bevorderingen ingestelde beroepen" (R.v.St. nr. 12.930, LECLERCQ, 3 mei 1968). Zie tevens het arrest MOUTHUY : „uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 8 augustus 1981 blijkt dat de wetgever zelf heeft voorzien in de benoeming in vast verband bij het Nationaal Instituut van de personeelsleden die aan het Vast Bureau waren verbonden en die een onzekere, zelfs onwettige positie hadden." (R.v.St. nr. 24.464, MOUTHUY, 15 juni 1984). Of op grond van de wet wordt geacht niet langer benoemd te zijn : „De door de griffiers en adjunct-griffiers van de werkrechtshraden uitgeoefende ambten eindigen, bij ontstentenis van bijzondere bepalingen, noodzakelijk de dag waarop de werkrechtshraden hun werkzaamheden hadden voltooid. Door het vaststellen van de datum waarop de overgangstaak van de werkrechtshraden

- met een *individueel benoemingsbesluit*, door de overheid genomen in de uitoefening van een *gebonden bevoegdheid*. De overheid *moet* tot benoeming overgaan indien de betrokkene aan de voorwaarden daartoe voldoet en ten aanzien waarvan de overheid geen enkele discretionaire bevoegdheid vermag uit te oefenen <sup>(16)</sup> (tweede hypothese) ;

- met een *individueel benoemingsbesluit*, door de overheid genomen op grond van een *discretionaire bevoegdheid*. In dit geval is er een rechtsregel voorhanden die de overheid *toestaat* de betrokkene te benoemen, in welk geval de overheid *apprecieert* of zij de benoeming al dan niet doorgang zal doen vinden (derde hypothese).

8. De tweede en de derde hypothese worden in dit werk onder ogenschouw genomen. De Raad van State heeft jaren lang geoordeeld dat hij in die twee hypothesen wel een arrest kon uitspreken waaruit blijkt dat de overheid een kandidaat ten onrechte niet heeft benoemd (gebonden bevoegdheid) of ten onrechte niet deugdelijk heeft beoordeeld met het oog op benoeming (discretionaire bevoegdheid). Maar tevens ging de Raad van State er gedurende decennia van uit dat hij geen arrest vermocht uit te spreken waarbij in het dictum van het arrest op positieve en uiteraard op dwingende wijze werd vastgesteld dat een welbepaalde kandidaat had moeten worden benoemd.

Dat laatste is de Raad van State sinds 1977 niet langer van oordeel ingeval de overheid in een gebonden bevoegdheid handelt.

9. Het is ten aanzien van de jurisprudentieel grotendeels nog immer bestaande onmogelijkheid voor de Raad van State om de rechtsplicht tot handelen bij discretionaire bevoegdheid vast te stellen, dat in dit werk naar een *procedurele oplossing*

---

*geëindigd is, heeft de Koning alleen een feitelijke toestand geconstateerd."* (R.v.St. nr. 16.698, DE THUIN, 4 november 1974).

<sup>16</sup> Zo de overheid zichzelf verbindt, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977 Bij wijze van voorbeeld : de benoeming op grond van een voorrangregeling onder kandidaten.



wordt gezocht ; hiermee wordt in het kader van deze analyse bedoeld een oplossing met behulp van de wettelijk aan de Raad van State toegewezen middelen. Zo een voor de verzoeker gunstig annulatiearrest vaak op moreel vlak reeds veel kan betekenen, heeft de verzoekende partij, in het kader van het benoemingscontentieux, toch nog te veel begoochelingen. Te vaak meent de partij in wier voordeel een arrest wordt gewezen, dat zijzelf onder alle omstandigheden door de overheid alsnog zal worden benoemd. Een loutere vernietiging van een benoemingsbesluit kan in bepaalde gevallen slechts een Pyrrhusoverwinning zijn ; evenwel, zoals dit Pyrrhus-effect, na een lange weg, door de Raad van State bij gebonden bevoegdheid is weggewerkt <sup>(17)</sup> moet er naar onze mening naar worden gestreefd die situatie ook te bewerkstelligen bij discretionaire benoemingsbevoegdheid <sup>(18)</sup>. Om in die laatste hypothese de vernietiging van de weigeringsbeslissing te benoemen door de rechter juridisch te kunnen funderen, ligt het voor de hand vooraf stil te staan bij de overwegingen van de Raad van State om bij de tweede hypothese die weigering te benoemen te vernietigen.

Ter zake wordt derhalve zowel de rechtspraak rond weigeringsbeslissingen bij *gebonden bevoegdheid* doorgenomen en geanalyseerd als die betreffende weigeringsbeslissingen bij *discretionaire bevoegdheid* met betrekking tot benoemingen en de weg naar de totstandkoming van het door de Raad van State aanvaarden van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in beide gevallen.

10. Vooraf valt na te denken over de bezwaren die tegen het in dit werk geformuleerd voorstel van oplossing kunnen worden aangevoerd ; hierbij staat het eventuele teloorgaan van het evenwicht tussen enerzijds de discretionaire bevoegdheid van het bestuur en anderzijds datgene wat de rechter het bestuur aangeeft te doen, centraal.

---

<sup>17</sup> Tweede hypothese onder randnr. 7.

<sup>18</sup> Derde hypothese onder randnr. 7.

11. Het komt ons voor dat de Raad van State, die de eenentwintigste eeuw is ingetreden, niet meer vermag aan te nemen dat een overheid zich na een vernietiging of zelfs een schorsing in een star en koppig stilzwijgen hult of steevast het annulatie- of schorsingsarrest blijft omzeilen. Rechtspraak die dergelijke mogelijkheden na het schorsings- of annulatiearrest uitsluit is - was : zie volgend randnummer - nagenoeg alleenstaand. Aan deze studie kan dus reden van bestaan worden gegeven.

12. Wij zijn van oordeel dat deze bestaansreden nog steeds aanwezig is ondanks het gegeven dat er na de verdediging van de ideeën in dit werk vervat, een "nieuwe" rechtspraak is tot stand gekomen die gedeeltelijk beantwoordt aan deze ideeën in die zin dat ook bij discretionaire bevoegdheid, de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing de verzoekende partij te benoemen in het dictum van het arrest wordt geschreven. Dat gebeurt reeds in het eerste annulatiearrest, iets wat in dit werk op grond van de bestaande rechtspraak niet voor mogelijk werd gehouden. Een grote vooruitgang naar effectief en efficiënter rechtsherstel is dan ook gemaakt.

Omdat deze "nieuwe" rechtspraak vrij alleenstaand is, hebben wij gemeend het stap-voor-stap voorstel van oplossing in dit werk niet om te kneden naar deze nieuwigheid doch de ideeëngang zoals voordien geformuleerd te laten bestaan. Deze kan naar onze mening nog steeds nuttig worden betrokken op de overwegende rechtspraak.

Komt daarbij dat wat in dit werk wordt bepleit, een systeem is waarbij de overheid op een bepaald ogenblik geen nieuwe benoemingsprocedure meer kan inzetten. Dat laatste wordt, naar het ons voorkomt, door de "nieuwe" rechtspraak niet volledig bewerkstelligd zodat het zin blijft hebben aan te geven hoe in drie stappen - die mekaar in evenwicht houden gelet op theoretische en praktische argumenten - de benoeming van de betere kandidaat kan plaatsvinden na het annulatiearrest. Alvast is inmiddels op basis van die "nieuwe"

rechtspraak een verzoekster benoemd die in 1992 bij het overheidsonderzoek de beste kandidate was doch die drie annulatieberoepen heeft moeten instellen opdat zulks - 10 jaar later - in een benoeming zou omgezet worden (<sup>19</sup>).

---

<sup>19</sup> Zie de zaken DE MEUTER, randnr. 270 e.v.

## ***DEEL I. BEGRIPSOMSCHRIJVINGEN***

13. Voor een goed begrip van het voorwerp van analyse van dit werk, met name de weigeringsbeslissing om te benoemen bij discretionaire bevoegdheid, moet worden aangegeven in welke gevallen er een weigeringsbeslissing om te benoemen bij gebonden bevoegdheid bestaat. Dat gebeurt in het eerste en het tweede hoofdstuk van deel II.

Het komt echter noodzakelijk voor om vooraf enige begrippen te omschrijven. De weigeringsbeslissing zoals die vanuit dit werk wordt benaderd, wordt geduid. Aangezien voornamelijk wordt gefocust op het thema benoemingen, wordt ook omschreven wat onder dat begrip wordt verstaan. Omdat het rechtsherstel danig verschillend is alnaargelang van het soort bevoegdheid waarbinnen de overheid handelt, is het noodzakelijk - ook in dit raam, mede gelet op ons onderzoeksobject, aan de hand van rechtspraak van de Raad van State - gebonden bevoegdheid van discretionaire bevoegdheid te onderscheiden en daar onvermijdelijk mee samenhangend, te preciseren wat interpreteren is tegenover appreciëren. Vandaar dat die begrippen in het eerste deel van dit werk worden beschreven, steeds vanuit de invalshoek van het benoemingscontentieux.

## HOOFDSTUK 1. GEBONDEN BEVOEGDHEID

14. Als tegenhanger van discretionaire bevoegdheid beschikt de overheid over een gebonden bevoegdheid <sup>(20)</sup> <sup>(21)</sup> ingeval zij ertoe verplicht is een welbepaalde handeling te stellen wanneer zich de in een rechtsregel omschreven omstandigheden voordoen. Gebonden bevoegdheid bestaat in beginsel slechts indien een regelgevende tekst de gevallen waarin de overheid moet handelen, op algemene wijze vaststelt.

---

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld M. BOES, *Syllabus administratief recht*, Uitgeverij ACCO, Leuven, academiejaar 1997-1998, 178-179 ; K. LEUS, *Pseudo-wetgeving*, Maklu, Antwerpen, 1992, 116-126 ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, 21-27, nrs. 42-54 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Kluwer rechtswetenschappen, 1999, nrs. 745-747, 700-701 ; S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 157 nrs. 85-87. S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, Gent 2003, (578 pp.), 105-109, nrs. 229-233 voor gebonden bevoegdheid versus discretionaire bevoegdheid. Er kunnen gevallen worden onderscheiden waarin de overheid een constitutieve of rechtscheppende beslissing moet nemen en die waarin de overheid een declaratieve of rechtserkende beslissing neemt, zie bijvoorbeeld J. BAERT, „De gevolgen van de niet-erkenning van de benoeming van een personeelslid van het gemeenschapsonderwijs door de Vlaamse Gemeenschap”, *T.O.R.B.* 1996-1997, 277-278). In de gevallen van vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen bij gebonden bevoegdheid gaat het om constitutieve beslissingen (zie het arrest nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999 in volgende voetnoot) zodat het onderscheid tussen hierbovenvermelde categoriën niet hoeft te worden gemaakt en derhalve al evenmin naar de bevoegdheid van de gewone rechter tegenover die van de Raad van State moet worden gerefereerd terzake het soort beslissingen dat bij gebonden bevoegdheid kan worden genomen.

<sup>21</sup> „Het feit dat de weigeringsbeslissing onverenigbaar is met de gebonden bevoegdheid van de verwerende partij, maakt het werkelijke voorwerp van het beroep niet tot de erkenning van een subjectief recht op bevordering. Indien iemand opkomt tegen de ontstentenis van een besluit houdende bevordering met ingang van een bepaalde datum, mag de bevordering dan een zaak van gebonden bevoegdheid zijn, ze komt toch maar tot stand door een besluit dat de betrokkene met ingang van een bepaalde datum een bepaalde hoedanigheid verleent. De weigering om die constitutieve beslissing te nemen is een voor annulatieberoep vatbare handeling” (R.v.St. nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999). In dezelfde zin R.v.St. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003 : „dat het feit dat verzoekster staande houdt dat de bestreden weigeringsbeslissing onverenigbaar is met de aan het toepasselijke (decreet) ontleende gebonden bevoegdheid van de verwerende partij om haar (...) te benoemen, het werkelijke voorwerp van haar beroep niet maakt tot de erkenning van een subjectief recht op benoeming, (...) dat constitutieve handelingen van administratieve overheden bij de Raad van State met een annulatieberoep bestreden kunnen worden op grond van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State tenzij ze, bij wijze van uitzondering op dat artikel, door een wetsebepaling aan dat beroep onttrokken zijn (...)”.

In individuele gevallen kan de overheid niet van die per definitie voor een onbepaalbaar aantal personen vastgestelde regelen afwijken <sup>(22)</sup>. Het enige wat de overheid bij het nemen van haar beslissing moet nagaan, is of de feiten conform zijn met of in te passen zijn in de normverlenende tekst. Is die overeenstemming er, dan mag in de regel geen enkel motief haar van dat handelen afbrengen. Het enige motief dat haar bij gebonden bevoegdheid kan en moet leiden, is dat zij voor een gegeven staat dat precies beantwoordt aan de algemene regel die zij zelf <sup>(23)</sup> of die een andere overheid heeft uitgevaardigd ; enige keuzemogelijkheid is niet voorhanden.

In het geval waarbij de overheid de norm niet eerbiedigt, handelt zij onrechtmatig, hoe redelijk haar handelen overigens ook moge zijn <sup>(24)</sup>. Er kunnen dan ook bij gebonden bevoegdheid geen algemene rechtsbeginselen worden geschonden. Omdat er geen appreciatiemogelijkheid is, heeft het geen belang of de overheid al dan niet bij de belanghebbende de verwachting heeft gewekt dat ze een bepaalde beslissing zal nemen en kan er bij benoemingen geen schending van het *vertrouwensbeginsel* worden aangevoerd <sup>(25)</sup>.

15. In zaken van gebonden bevoegdheid heeft de Raad van State het recht en de plicht het juridisch juiste motief - en

---

<sup>22</sup> Wanneer de overheid eenzijdig een statutaire regeling voor haar personeel vaststelt die meer is dan een gedragslijn welke zij zich voorneemt te volgen bij de beoordeling van individuele gevallen, is het niet de bedoeling dat die regeling enkel toegepast wordt wanneer de overheid het gepast vindt (R.v.St. nr. 120.799, MORTIER, 23 juni 2003).

<sup>23</sup> Bij toepassing van het adagium "*patere legem quam ipse fecisti*" heeft de Raad van State de stelling verworpen "dat een koninklijk besluit, waarin het geval van een bepaalde ambtenaar wordt bedoeld, te allen tijde mag afwijken van een ander koninklijk besluit en met name van het koninklijk besluit van 2 oktober 1939 houdende statuut van het Rijkspersoneel" en de stelling geponeerd dat "algemene reglementen (...) enkel door algemene bepalingen kunnen worden gewijzigd" (R.v.St. nr. 115, FRANCOIS, 26 augustus 1949), vgl. M. BOES, *Syllabus administratief recht, o.c.*, 175. Zie voor toepassing van dit beginsel verder o.a. ook A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 139-140, nrs. 364-367.

<sup>24</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel" in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Ed. I. OPDEBEEK, Kluwer, Antwerpen, 1993, 92, nr. 4 ; -, *Syllabus administratief recht, o.c.*, 59-62, nr. 4.

<sup>25</sup> R.v.St. nr. 56.412, HENDRICKX, 22 november 1995.

dus de juiste rechtsregel - in plaats van het juridisch onjuiste motief, i.e. de ten onrechte aangevoerde rechtsregel, te stellen <sup>(26)</sup>. Daardoor hoeft hij niet noodzakelijk te weten waarom de overheid heeft gehandeld en mag hij geen rekening houden met billijkheidsoverwegingen.

Dat substitutie van motieven slechts bij gebonden bevoegdheid mogelijk is <sup>(27)</sup>, is de reden waarom J. NIMMEGEERS de aard van de beslissing van de toezichthoudende overheid onderzocht <sup>(28)</sup> : de Raad van State kan geen motief in de plaats van dat van het optredend bestuur stellen indien dit motief afhankelijk is van appreciatie <sup>(29)</sup>.

16. Dit streven naar objectieve behandeling door de overheid die een gebonden bevoegdheid instelt, wordt maximaal gediend door het hanteren van criteria die uitmunten in objectiviteit en die zo weinig mogelijk kunnen worden gemanipuleerd. De omstandigheden op grond waarvan de gebonden bevoegdheid bestaat en dus grotere aanspraken op benoeming of aanstelling kunnen gelden, zijn :

- *statutaire voorrang* op grond van objectief kwantificeer- en kwalificeerbare maatstaven (beoordeling, dienst-, ambts- en graadanciënniteit <sup>(30)</sup>, aantal kandidaturen, leeftijd, bekleden

---

<sup>26</sup> R.v.St. nr. 56.412, HENDRICKX, 22 november 1995. Zie o.m. S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, o.c. 62-65, nrs. 143-148.

<sup>27</sup> R.v.St. nr. 37.434, KESTEMAN, 4 juli 1991.

<sup>28</sup> J. NIMMEGEERS, Uittreksel uit het advies van het auditoraat bij R.v.St. nr. 17.114, GEMEENTE KINROOI, 7 juli 1975, *T.B.P.* 1976, 356-358.

<sup>29</sup> R.v.St. nr. 13.214, N.V. VERENIGDE BROUWERIJEN WINTAM-WILLEBROEK, 13 november 1968. Zo mag de Raad van State aan de overheid, indien haar nog appreciatiebevoegdheid rest, niet het recht ontzeggen alsnog te oordelen of er geen redenen zijn om een weigeringsbeslissing te nemen. Zo bijvoorbeeld stelt CH. BAMPES inzake de toelating tot het Rijk na een huwelijk van een vreemdeling dat het oordeel van de Raad van State, inhoudend dat de administratie in dat geval geen appreciatierecht meer heeft, betekent dat de Raad van State zich in de plaats stelt van de administratie ("De incidentie van het huwelijk van een vreemdeling op een verwijderingsmaatregel", noot bij R.v.St. nr. 44.306 van 1 oktober 1993 en 44.670 van 22 oktober 1993, *Rec. Arr. R.v.St.* 1994, "(...)que la partie adverse devra prendre en considération cet élément nouveau et ne pourra refuser le séjour(...)")

<sup>30</sup> Waar sprake is van de vergelijking van de anciënniteit van twee ambtenaren, slaat de vergelijking - indien geen regel het uitdrukkelijk

van een bepaalde betrekking, bezit van een specifiek diploma <sup>(31)</sup> of een bepaalde kwalificatie ;

- een *vergelijkend examen*. Terzake kunnen volgende beslissingen vernietigd worden door de Raad van State : de uitslag van het vergelijkend examen in zoverre de verzoekende partij niet als eerste is gerangschikt ; de benoeming van de tussenkomen de partij ; de daaruit blijken de weigering om de verzoekende partij die benoeming te geven <sup>(32)</sup> ;

- dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor benoeming <sup>(33)</sup> <sup>(34)</sup> .

Gebonden bevoegdheid is :

"de benoeming geschiedt in volgorde van *anciënniteit*" of "volgens de uitslag van het examen", of "wordt verleend na een *gunstig stageverslag*" of een combinatie : "wordt benoemd tot..., diegene die x aantal jaren *graadanciënniteit* telt en een aanhoudend signalement goed bezit".

---

anders bepaalt - op de *anciënniteit* in de laatste graad (R.v.St. nr. 14.479, VAN DE KERKHOVE, 27 januari 1971).

<sup>31</sup> Ingeval er meerdere kandidaten met eenzelfde beoordeling, betrekking of diploma voorhanden zijn, heeft de overheid weer discretionaire bevoegdheid tenzij een bijkomend criterium wordt ingevoegd. De meest bij gebonden bevoegdheid aanleunende criteria zijn dan dienst- en graadanciënniteit.

<sup>32</sup> R.v.St. nr. 118.823, VAN MIDDEL, 29 april 2003. De Raad van State overweegt in dit arrest o.m. "dat het middel, aangezien het ervan doet blijken dat de benoeming is gegeven in strijd met de uit het vergelijkend examen volgende bindende rangschikking waarin verzoekster de eerste plaats had moeten bekleden, tevens de vernietiging verantwoordt van de benoeming van de tussenkomen de partij én van de daaruit blijken de impliciete weigering om verzoekster te benoemen" en dat "gelet op de vernietigingsgrond, de complementaire vernietiging van de impliciete weigering verzoekster te benoemen de overheid er toe zal verplichten om ter uitvoering van het arrest verzoekster te benoemen met terugwerking tot de datum van uitwerking van de vernietigde benoeming". Heeft dus de overheid een vergelijkend examen georganiseerd, dan is zij er bij meerdere geslaagden toe gehouden de eerst gerangschikte prioritair te geven wat de inzet voor het examen was (bij discretionaire bevoegdheid daarentegen bezit de eerste geen absoluut recht op het verkrijgen van de inzet van het examen)

<sup>33</sup> Bijvoorbeeld omdat enkel die ene aan alle statutaire vereisten voldoet.

<sup>34</sup> Wanneer een kandidatuur niet als onaanvaardbaar wordt afgewezen en de andere kandidaturen onontvankelijk zijn, heeft de overheid de rechtsplicht te benoemen : bijvoorbeeld R.v.St. nr. 29.015, DE WAELE, 15 december 1987. In dit arrest stelt de Raad van State ook vast dat verzoekende partij niet werd geweerd omdat zij ongeschikt zou zijn.



17. Indien de overheid tussen kandidaten een rangschikking moet opmaken, worden alle kandidaten die voor rangschikking in aanmerking komen, geacht geschikt te zijn voor het toe te wijzen ambt. Met een door de administratie onjuiste of onwettig opgemaakte rangschikking moet de beslissende overheid geen rekening houden. Ze mag echter niet zonder verantwoording een andere kandidaat voor benoeming uitkiezen, maar moet een nieuwe, wettig vastgestelde rangschikking opmaken of laten opmaken om vervolgens de best gerangschikte kandidaat te benoemen <sup>(35)</sup>.

In een systeem van rangschikking beschikt de overheid niet over de bevoegdheid om de ene gerangschikte meer geschikt te achten dan de andere : de rangschikking bindt haar <sup>(36)</sup> en dit om willekeur in de toewijzing van de betrekkingen te voorkomen <sup>(37)</sup>.

18. Bij gebonden bevoegdheid wordt de ongelijke toepassing van de norm als een miskenning van de norm bevonden en niet van het gelijkheidsbeginsel. Even liet het arrest WOSTYN <sup>(38)</sup> weliswaar uitschijnen dat het anders kon zijn : *"een schending van de gelijkheidsregel neergelegd in de Grondwet of geconcretiseerd in een hiërarchisch lagere norm"*. Ofschoon die visie aannemelijk kan voorkomen, komt die gedachte <sup>(39)</sup> in latere rechtspraak niet

---

<sup>35</sup> R.v.St. nr. 28.166, LAUWERS, 24 juni 1987.

<sup>36</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, Arr. R.v.St. 1980, 1241-1275, inz. sub 7.5.

<sup>37</sup> R.v.St. nr. 37.041, VAN POUCKE, 22.5.1991 : *"...één van de hoofdtrekken van (...) het statuut (...) is de zorg om willekeurige aanstellingen tegen te gaan. Daar wordt inzonderheid naar gestreefd door het creëren van een voorrang volgens anciënniteit."* (overw. 4.2.).

<sup>38</sup> R.v.St. nr. 35.457, WOSTYN, 13 juli 1990.

<sup>39</sup> De volgende redenering werd door ons aangehouden : een regelgeving die de bevoegde overheid bindt, is ingesteld om door middel van een objectieve maatstaf gelijkheid tussen de leden van een groep te verzekeren. Dergelijke regeling is dan een geglobaliseerde toepassing, een instrument van materialisering van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet omdat de rechtsverplichting tot gelijke behandeling het uitgangspunt ervan is. Dergelijke verbijzonderingstekst werkt voor elk lid van de groep gelijkelijk en elk lid is ertoe gerechtigd het doorbreken van de gelijke werking aan de kaak te stellen (D. MAREEN, „Schending van het gelijkheidsbeginsel : ook bij gebonden bevoegdheid“, noot bij R.v.St. nr. 35.457, WOSTYN, 13 juli 1990, T.B.P., 1991, 138).

meer voor. De huidige schorsingsrechtspraak heeft het ook niet meer van node naar een dergelijke rechtsconstructie te grijpen <sup>(40)</sup>, die immers duidelijk poneert dat de schending van de gelijkheidsregel <sup>(41)</sup> zich slechts kan voordoen bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheid.

Bij de uitoefening van gebonden bevoegdheid hoeft de overheid zich niet af te vragen of zij over een deugdelijke reden beschikt om de ene burger te geven of op te leggen wat ze de andere burger niet geeft of niet oplegt, aangezien in de regel van gebonden bevoegdheid immers vooraf is beslist wie de adressaten van de door die regel verschaftte rechten of opgelegde verplichtingen zijn. Het volstaat schending van de tekst zelf aan te voeren bij een onjuiste toepassing ervan. Door het feit dat iemand verschillend is behandeld dan volgens de regelen hoort, is die handeling onwettig en dit ongeacht hoe anderen die onder de regeling vallen, werden behandeld. De behandeling van de betrokkene is niet onwettig omdat ze anders is dan die van de anderen, ze is onwettig omdat ze anders is dan de betrokken regeling gebiedt.

19. Aan welke formulering is gebonden bevoegdheid te herkennen ? In een tekst die een gebonden bevoegdheid insluit, valt het gebruik van het werkwoord "wordt" (toegekend, toegewezen, benoemd, bevorderd, aangesteld, aangewezen, verleend...) op. Het betreft een tekst die dwingt, die geen ruimte laat, die imperatief is.

---

<sup>40</sup> Omdat de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State met de wet van 19 juli 1991 tot invoering van het administratief kort geding werd veralgemeend zodat op grond van om het even welke schijnbare onwettigheid om het even welke administratieve rechtshandeling kan worden geschorst (E. LANCKSWEERDT, *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, (234 p.), p. 5, nr. 5).

<sup>41</sup> Dus ook bij het vaststellen van een regel die gebonden bevoegdheid toekent, indien de regelgever over een discretionaire bevoegdheid beschikt om die regel al dan niet uit te vaardigen en hij ze zonder deugdelijke reden uitgevaardigd heeft (R.v.St. nr. 35.457, WOSTYN, 13 juli 1990, noot D. MAREEN, "Schending van het gelijkheidsbeginsel...", *l.c.* 138). Zie A. BEIRLAEN, "De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State", *R.W.* 1991-92, 1223-1228.

Evenwel, bepaalt de tekst : *"om tot de stage toegelaten te worden, moet de gegadigde drie jaar anciënniteit tellen"*, dan betreft het discretionaire bevoegdheid : de drie jaren zijn hier een voorwaarde voor benoeming maar geen verplichting!

De libellering *"na drie jaar anciënniteit wordt de gegadigde tot de stage toegelaten"* wijst op een gebonden bevoegdheid : de drie jaren zijn weliswaar ook een voorwaarde voor benoeming, maar uit het verstreken zijn van die tijdspanne volgt de benoeming.

De eerste tekst bepaalt een voorwaarde waaraan de gegadigde moet voldoen maar zegt niet dat dit de enige voorwaarde is. De overheid zou nog andere criteria in haar beoordeling kunnen betrekken, zoals bijvoorbeeld specifieke ervaring. De tweede zin koppelt een gevolg aan een voorwaarde ; de drie jaren zijn op zich voldoende om tot de stage te worden toegelaten en de zin dwingt de overheid tot handelen na die drie jaar.

20. Wat de formulering aangaat, schrijft M. BOES dat *"de vaststelling dat een norm strikt bindend is, het gevolg kan zijn van een interpretatie van de norm waarbij de beoordeling van de interpretator een rol speelt"*<sup>(42)</sup>. Deze auteur haalt een casus aan <sup>(43)</sup> waarbij volgens zijn mening de Raad van State evenzeer had kunnen stellen dat het oordeel van de overheid op grond van de interpretatie van een tekst niet onredelijk was en besluit daaruit dat *"de grens tussen de norm die zelf zo dwingend is dat iedere appreciatie door het bestuur is uitgesloten, en de norm die "redelijkerwijze" door het bestuur zo wordt geïnterpreteerd dat iedere appreciatie is uitgesloten, niet gemakkelijk te trekken is"*<sup>(44)</sup>.

---

<sup>42</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 92.

<sup>43</sup> R.v.St. nr. 38.816, HET VRIJE WOORD, 16 april 1991.

<sup>44</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 93. A. VAN MENSEL verwijst met instemming naar deze analyse in *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 153-154, nrs. 405-406).

21. Zijn de beginselen eenvoudig, hun toepassing is dat inderdaad niet altijd <sup>(45)</sup>. Dat kan mede blijken uit hetgeen volgt.

Wat betreft wetgeving van openbare orde, vormt deze een wettige reden om van de anciënniteitsrangschikking af te wijken en de best gerangschikte kandidaat die tevens aan de vereisten van de wet van openbare orde voldoet, te benoemen <sup>(46)</sup>.

De bevoegdheidsvraag is evenzeer van openbare orde, doch speelt geen rol bij gebonden bevoegdheid. Indien - typevoorbeeld van gebonden bevoegdheid - een benoeming in vlakke loopbaan moet geschieden, moet, indien die beslissing genomen werd door een onbevoegde overheid, de bevoegde overheid nadien toch dezelfde beslissing nemen. De beslissing moet ofwel worden genomen, ofwel mocht zij niet worden genomen ongeacht de vraag wie is opgetreden. Het feit dat de bevoegdheidsvraag van openbare orde is, is irrelevant <sup>(47)</sup>.

22. De doelstelling van om het even welke gebonden bevoegdheid, opgenomen in een statuut, is de benoeming aan objectieve regelen te onderwerpen <sup>(48)</sup>. De vraag rijst voor welk

---

<sup>45</sup> Nog inzake de formulering van de toepasselijke regel, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 29.023, STEVENART, 16 december 1987 ("*que le ministre "peut accorder" aux conditions fixées par l'arrêté, une prime (...) ; qu'en dépit de cette expression qui semble signifier que le ministre n'est jamais tenu d'accorder la prime, et que nul par conséquent n'y a droit, il y a lieu d'interpréter la disposition précitée comme donnant droit à une prime*") ; daarentegen R.v.St. nr. 35.512, V.Z.W. CENTRE D'ENSEIGNEMENT NOTRE-DAME DES CHAMPS, 18 september 1990 ("*que le mot "peuvent" implique un pouvoir d'appréciation dans le chef du ministre ;*").

<sup>46</sup> De taalwetgeving is van openbare orde en prevaleert bijgevolg op statutaire bepalingen.

<sup>47</sup> Het heeft geen zin een beslissing te vernietigen op grond van de overtreding van een rechtsregel, van openbare orde of niet, indien niet blijkt dat de beslissing anders had kunnen of moeten zijn ingeval die overtreding niet was begaan (R.v.St. nr. 30.503, MARTENS, 28 juni 1988 ; R.v.St. nr. 48.866, LEEMANS, 6 september 1994 ; R.v.St. nr. 55.046, GOUBERT, 6 september 1995 ; R.v.St. nr. 56.412, HENDRICKX, 22 november 1995). Daarom moet bij onbevoegdheid van de steller van de akte ook geen prejudiciële vraag aan het Arbitragehof worden gesteld : wanneer de tot benoemen bevoegde overheid absoluut gebonden is door de rangschikking, zal, welk ook het overheidsorgaan is dat bevoegd is om de vernietigde beslissing over te doen, het zich naar die rangschikking moeten richten (R.v.St. nr. 28.166, LAUWERS, 24 juni 1987, zelfde tekst in R.v.St. nr. 28.704, VAN DEN BRANDE, 27 oktober 1987).

<sup>48</sup> R.v.St. nr. 23.767, YSERBIJT, 6 december 1983.

soort bevoegdheid men staat indien naast een bepaling die een rangschikking van de kandidaten vereist <sup>(49)</sup>, een bepaling bestaat die stelt dat een commissie advies omtrent de benoeming moet verstrekken <sup>(50)</sup> ; die tussenkomst impliceert inderdaad dat aan een vergelijking van titels en verdiensten moet worden gedaan <sup>(51)</sup>. In het geval dat de benoemingsvereisten (het automatisme van de benoeming in volgorde van een rangschikking enerzijds en de vergelijking anderzijds) in strijd zijn met mekaar, moet volgens de regelen der uitlegkunde een oplossing worden gezocht <sup>(52)</sup>. Indien het statuut geen bijzondere regeling vooropstelt voor een bepaald type van ambt, gelden de bepalingen die toepasselijk zijn voor de benoeming van gelijk welke ambtenaar <sup>(53)</sup>.

23. Het feit dat slechts één persoon onder de toepassing valt van een statutaire regeling doet in principe niets af aan de algemene aard van de reglementering. Het adagium *patere legem quam ipse fecisti* verbiedt de overheid die een verordening heeft uitgevaardigd daarvan af te wijken door individuele maatregelen, maar niet een nieuwe verordening aan te nemen die de vroegere wijzigt <sup>(54)</sup>, ook indien het reglement slechts betrekking heeft op één enkele persoon <sup>(55)</sup>. De overheid kan steeds een specifiek statuut uitwerken indien zij daar een deugdelijke reden voor heeft <sup>(56)</sup>. Maar uiteraard kan een besluit van algemene aard niet worden gedragen door motieven die verband houden met de persoonlijke situatie van iemand die

---

<sup>49</sup> Gebonden bevoegdheid.

<sup>50</sup> Discretionaire bevoegdheid.

<sup>51</sup> R.v.St. nr. 28.166, LAUWERS, 24 juni 1987.

<sup>52</sup> Die regelen worden besproken bij het begrip „interpreteren“.

<sup>53</sup> R.v.St. nr. 23.767, YSERBIJT, 6 december 1983.

<sup>54</sup> R.v.St. nr. 21.888, HENRY, 13 januari 1982.

<sup>55</sup> R.v.St. nr. 31.153, GILLET, 21 oktober 1988.

<sup>56</sup> R.v.St. nr. 10.798, VAN BRABANDT, 29 september 1964. Zo het evident is dat het bestuur geen statuut voor één welbepaalde ambtenaar kan uitwerken, dan betekent dit niet dat het feit dat er slechts één ambtenaar is, het voor het bestuur onmogelijk zou maken diens statuut te regelen.

onder de toepassing ervan zal vallen <sup>(57)</sup> : een onpersoonlijk besluit kan niet worden gewijzigd om een bepaald persoon te treffen.

24. Bij *gebrek aan statuut* kan het bestuur zichzelf uiteraard wel een gedragslijn opleggen. Het kan met name rechtmatig oordelen het onderzoek van de aanspraken van de kandidaten te zullen doen aan de hand van objectieve criteria, voor zover die criteria op zichzelf genomen redelijk voorkomen, dat wil zeggen conform zijn met het gelijkheidsbeginsel. Eén van die criteria kan, in geval van gelijke statutaire toestand, de voorrang van het personeelslid met de meeste anciënniteit zijn <sup>(58)</sup>.

25. Bij *gebrek aan een eigen rechtsgeldig statuut* rijst de vraag of de overheid dat moet naleven, of daarentegen in dat geval kan oordelen dat zij het niet zal toepassen, met andere woorden de uitvoering van het reglement zal schorsen, op grond van artikel 159 van de Grondwet ?

De rechtspraak heeft terzake een evolutie ondergaan. In het arrest MEULEPAS en cons. reeds lijkt de Raad van State impliciet het principe te erkennen dat de overheid de toepassing mag schorsen van haar eigen vòór de Raad van State bestreden bepalingen <sup>(59)</sup>. De rechtspraak heeft nadien bij herhaling bevestigd dat de administratieve overheid <sup>(60)</sup> het recht heeft bij het nemen van individuele beslissingen geen rekening te houden met een door haar zelf uitgevaardigde

---

<sup>57</sup> Ziekte van een personeelslid als motief aanvoeren om een algemeen besluit te rechtvaardigen ontbeert elke juridische relevantie (R.v.St. nr. 34.828, PEETERMANS, 27 april 1990).

<sup>58</sup> R.v.St. nr. 14.479, VAN DE KERKHOVE, 27 januari 1971.

<sup>59</sup> R.v.St. nr. 4933, MEULEPAS et alii, van 7 februari 1956.

<sup>60</sup> Wat betreft de door een individueel besluit begunstigde : in de zaak N.V. SECA waar het om een beroep gaat tegen een vergunning voor een hinderlijke inrichting, stelt de Raad van State dat de vergunninghouder het gebruik van de vergunning mag opschorten tot de verwerping van het beroep hem betekend is of de afstand ingewilligd is (R.v.St. nr. 20.513, N.V. SECA, 22.7.1980).

rechtsregel wanneer deze regel onwettig is <sup>(61)</sup> en dit al laat zij de regel voortbestaan. Ook nog in het arrest LEENS oordeelt de Raad van State dat hoewel (toen) artikel 107 GW alleen de hoven en rechtbanken verbiedt onwettige verordeningen toe te passen, die bepaling toch een algemeen rechtsbeginsel bevat dat ook voor de administratieve overheden geldt <sup>(62)</sup>.

Echter in het arrest ARTOIS wordt dat oordeel niet langer aangehouden waar het affirmeert dat artikel 159 van de Grondwet enkel geldt voor de met rechtspraak belaste organen, niet voor het actief bestuur <sup>(63)</sup>. Elk bestuurlijk orgaan dat niet optreedt als rechtsprekend college of als toezichthoudende overheid van het bestuur dat bedoelde besluiten moet uitvoeren of toepassen, is ertoe gehouden de algemene, provinciale of plaatselijke besluiten en verordeningen toe te passen, zolang zij niet zijn opgeheven, ingetrokken of vernietigd, tenzij zij wegens hun flagrante, onbetwistbare onwettigheid als niet bestaande moeten beschouwd worden. Wanneer de bestuursoverheid van oordeel is dat één van haar besluiten of reglementen onwettig is, heeft zij de dwingende plicht onverwijld een einde te maken aan die onwettigheid door het betrokken besluit te herzien en het in overeenstemming te brengen met de wet of de hogere norm <sup>(64)</sup>. Zijn de aan een administratieve overheid toevertrouwde belangen geschaad <sup>(65)</sup> door een onwettige

---

<sup>61</sup> R.v.St. nr. 8180, ELSSEN, 27.10.1960 ; R.v.St. nr. 11.843, NICOLAS, 26.5.1966 : door haar verzoek aan de Raad van State om de verordening niet toe te passen, maakt de tegenpartij alleen gebruik van haar recht om zich op de onwettigheid van een bepaling met verordenend karakter te beroepen en kan zij er niet van beschuldigd worden zich op haar eigen fout te beroepen ; R.v.St. nr. 17.287, VAN MEERBEEK EN GOOSSENS, 19.11.1975 : de overheid mag geen onwettige regelen toepassen en kan daartoe niet verplicht worden, zelfs indien zij die regelen zelf heeft vastgesteld.

<sup>62</sup> R.v.St. nr. 29.227, LEENS, 27 januari 1988.

<sup>63</sup> R.v.St. nr. 65.974, ARTOIS, 22 april 1997. Zie ook J. LUST in "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", in *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, I. OPDEBEEK (Ed.), Die Keure, 1997, 116, nr. 24, vn. 24, en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

<sup>64</sup> R.v.St. nr. 36.671, BROWAEYS, 19 september 1991.

<sup>65</sup> Wanneer de belangen van de overheid niet geschaad zijn door een onwettige beslissing, kan ze tegen die beslissing niet bij de rechter opkomen en ze al evenmin eigener gezag negeren behalve bij een onbestaande handeling die in haar feitelijk bestaan evengoed door de burger als door de overheid mag genegeerd worden.

beslissing, dan kan die overheid in dat geval bij de bevoegde rechter opkomen tegen die beslissing. Er is geen reden opdat zij zou kunnen wat de burger zeker niet kan, te weten zichzelf recht doen door eigener gezag die beslissing te negeren <sup>(66)</sup> : met de instelling van de Raad van State werd een voordien niet bestaand evenwicht in de hand gewerkt tussen het wettigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel.

Uiteraard kan dit slechts door de overheid die het reglement heeft uitgevaardigd en terzake nog steeds bevoegd is. Ook in het arrest MORTIER wordt geoordeeld dat in zoverre de verwerende partij betoogt dat het ingeroepen examenreglement onwettig zou zijn omdat het vastgesteld werd door een onbevoegde overheid, het niet de administratieve overheid, maar enkel de rechter toekomt een verordening niet toe te passen overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet <sup>(67)</sup>.

26. De vraag ten slotte of een afwijking van gebonden bevoegdheid mogelijk is omwille van dienstbelangen, zal veeleer uitzonderlijk rijzen. Toch heeft de Raad van State die afwijking reeds aanvaard en gesteld dat de overheid zich eventueel toch niet gebonden moet achten ingeval de kandidaat die prioritair moest worden aangesteld of benoemd, kennelijk onwaardig is om het ambt waar te nemen <sup>(68)</sup>. Maar zelfs het

---

<sup>66</sup> Dat de burger het recht in eigen handen niet mag nemen, kan ertoe leiden dat diens vordering bij de administratieve rechter onontvankelijk wordt verklaard, zo bijvoorbeeld in het arrest CRAB nr. 70.214 van 16 december 1997 waarin de Raad van State stelt : *"Overwegende dat wie zich het slachtoffer acht van een onwettigheid, zich tot de rechter moet wenden om die onwettigheid erkend te zien; dat hij niet het recht in eigen handen mag nemen en handelen alsof die beslissing reeds door de rechter onwettig is verklaard; dat, aldus, wie uitgenodigd wordt om een dossier in te dienen teneinde een erkenning te verwerven, ook als hij van oordeel is dat dit wettig niet kan, eerst dergelijke aanvraag moet indienen en pas daarna de ten opzichte van hem genomen beslissing kan bestrijden; dat aangezien verzoeker geen dossier heeft ingediend, en daarvoor geen in rechte aanvaardbare reden zoals bijvoorbeeld overmacht aanvoert, hij zijn rechtsaanspraken (...) niet heeft uitgeoefend; dat wie zijn rechtsaanspraken niet uitoefent, zich achteraf niet tot de rechter kan wenden om de schending ervan te laten sanctioneren"*. Zie ook R.v.St. nr. 51.625, MALSCHAERT van 14 februari 1995, vn. 895 en R.v.St. nr. 79.005, VERBEECK, 1 maart 1999 waarin hetzelfde wordt gesteld (overw. 2.2.).

<sup>67</sup> R.v.st. nr. 120.799, MORTIER, 23 juni 2003.

<sup>68</sup> In een geding waar het recht op bevordering ter beoordeling stond, overwoog hij dat de zelfs absolute voorrang op grond van het statuut kan worden genegeerd bij onvoldoende bekwaamheid : *"Indien ondanks het*



bezitten van een minder goede beoordeling heeft er reeds toe geleid dat de rangschikking niet moest worden gevolgd. De administratieve rechter oordeelde in dat verband dat het manifest tegen het belang van de dienst zou ingaan, mocht de overheid ertoe worden verplicht een kandidaat die bij vorige gelegenheden geen of slechts gedeeltelijk voldoening heeft geschonken, te laten voorgaan op een kandidaat die bij vorige prestaties volledige voldoening heeft geschonken.

Geen voorrang dus op de kandidaten die het er tot dan toe beter hebben afgebracht. Op die wijze, luidens de rechtspraak, worden de voorrangsregeling en het dienstbelang op een redelijke wijze met elkaar verzoend <sup>(69)</sup>. De Raad van State heeft dit beginsel meermaals gehuldigd <sup>(70)</sup> en er in die gevallen op gewezen dat het belang van de dienst beperkingen aan de draagwijdte van voorrangsregels kan opleggen <sup>(71)</sup> <sup>(72)</sup>. De

---

*voorhanden zijn van een gebonden bevoegdheid het dossier een zulkdanige resem ontmoedigde verslagen van telkens andere diensthooften bevat is de overheid niet tegen alle redelijkheid ingegaan door verzoekende partij af te wijzen gekoppeld aan het feit dat de bekwaamheid en de verdiensten van de benoemde niet worden betwist"* (R.v.St. nr.40.157, VERSTREPEN, 27 augustus 1992).

<sup>69</sup> R.v.St., nr. 28.202, DEVOLDER, 25 juni 1987.

<sup>70</sup> Zo bijvoorbeeld ook in R.v.St. nr. 28.203, DE KEYE, 25 juni 1987 : *"Overwegende dat is vastgesteld dat verzoeker inderdaad beter gerangschikt is ; dat bijgevolg normaliter verzoeker de omstreden betrekking had moeten krijgen ; dat in dezen een concrete, aan het dienstbelang ontleende reden werd opgegeven om te verantwoorden dat x de omstreden betrekking kreeg : het feit dat zij in de betrokken school deelnam aan het "projectonderwijs zeeklassen" ; dat verzoeker niet heeft aangetoond dat dit gegeven geen evidente en specifieke manifestatie is van het belang van de dienst op grond waarvan het automatisme van de voorrangsregeling doorbroken kan worden..;"*.

<sup>71</sup> R.v.St. nr. 16.845, MISSAULT, 4 februari 1975 ; R.v.St. nr. 18.091, HORION, 8 februari 1977 : *"in acht genomen de in het statuut sterk naar voren tredende tendens om de daarin als rechtmatig erkende belangen van ieder personeelslid zoveel mogelijk tegen willekeur van het bestuur te beschermen, meer bepaald door discretionaire bevoegdheid zoveel mogelijk weg te drukken, moet de voorrang van het best geklasseerd personeelslid worden hersteld, tenzij duidelijk bepaalde, concrete behoeften van de dienst zich daartegen in redelijkheid verzetten"*, zie verder nog R.v.St. nr. 18.373, VERMERSCH, 11 juli 1977 ; R.v.St. nr. 18.598, TIMMERMANS, 29 november 1977 ; R.v.St. nr. 19.592, SCHELFAUT, 27 april 1979.

<sup>72</sup> In diezelfde geest : bij een aanstelling die verplicht moet worden gegeven, is de rechter er van uitgegaan dat de overheid een leerkracht kan afdanken wegens tekortkomingen in het vervullen van de gegeven opdracht en dat in diens plaats een andere leerkracht kan worden aangesteld, indien die laatste op objectieve gronden geacht kan worden een kennelijk grotere geschiktheid te hebben dan de eerste (R.v.St. nr. 27.547, DESCHEPPER, 17 februari 1987).

overheid moet, weliswaar luidens een beperkte rechtspraak, in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid rekening houden met de belangen die door de rechtsregel worden gediend <sup>(73)</sup>.

27. De onder het vorig randnummer aangehaalde afwijkingen van de voorrangsregel scheppen een gevoel van onzekerheid. Dat de zelfbinding van de overheid niet absoluut is, kan nog worden aangenomen indien de toegepaste afwijking een zeer hoge evidentie vertoont. Het moet om een toepassing van de tekst gaan waarvan het ondenkbaar zou zijn dat de overheid erdoor gebonden zou zijn. Maar de aangehaalde uitzonderingen zijn zeer uiteenlopend en vertonen niet dat kennelijk karakter dat ertoe kan doen besluiten dat het onvoorstelbaar zou zijn ze te negeren. De rechter beroept zich op het dienstbelang om de voorrang te ontzeggen aan een voorranggerechtigde en ofschoon het belang van de dienst nastreven een verplichting is met een grondwettelijke <sup>(74)</sup> rechtsgrond en dus op grond van de hiërarchie der normen prevaleert op wettelijke of reglementaire bepalingen, toch is het ook voor een zo goed mogelijke werking van de dienst dat een statutaire regeling wordt ingesteld, objectief en meetbaar met het oog op eenzelfde individuele toepassing ! Heeft het statuut op zich niet reeds het individueel (dat van de kandidaat) en het algemeen belang (dat van de dienst) tegenover mekaar afgewogen ? De Raad van State zou bijgevolg alleen kennelijke gevallen - die waarbij het naleven van de voorrang exuberant zou zijn - mogen sanctioneren

---

<sup>73</sup> R.v.St. nr. 19.592, SCHELFAUT, 27 april 1979.

<sup>74</sup> Zo wordt het toch in de rechtspraak uit artikel 33 van de Grondwet afgeleid (bijvoorbeeld I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", in *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, I. OPDEBEEK (Ed.), Die Keure, 1997, 3-62 (8) nr. 9, vn. 20). Artikel 33 bepaalt dat alle machten van de Natie uitgaan wat betekent dat elke overheid zich aan het recht moet houden en dat dit moet kunnen worden gecontroleerd door de rechter. Meer algemeen vindt de motievencontrole dus haar fundering in het beginsel van de rechtsstaat. Enerzijds is elke macht een toegewezen macht ; anderzijds kan die macht worden gecontroleerd door de rechter. In een rechtsstaat staan bestuur en controle van dat bestuur los van mekaar. Artikel 33 van de Grondwet verplicht de overheid er toe steeds te handelen in het algemeen belang, geconcretiseerd bijvoorbeeld door bij benoemingen in overheidsdienst de voorkeur te geven aan de meest geschikte kandidaat in het belang van de dienst.

(<sup>75</sup>). Het is aan de overheid uitzonderingen in haar statuut in te bouwen, evidente uitzonderingen, die niet hoeven verwoord te worden, niet te na gesproken (<sup>76</sup>).

28. Wat tenslotte het rechterlijk toezicht op de motieven bij gebonden bevoegdheid betreft, is het marginaal toezicht evident niet aanwezig daar bij gebonden bevoegdheid geen omstandigheden die de overheid tot het stellen van een handeling brengen, moeten worden geapprecieerd. Zijn de

---

<sup>75</sup> En niet het geval waar werd geoordeeld dat indien een man les in lichamelijke opvoeding geeft aan meisjes, dit strijdig is met de Grondwet : in het arrest STORMS heeft de Raad van State toepassing gemaakt van de vaststelling dat de grondwet zelf beginselen bevat ter nakoming van het belang van de dienst en dat die prevaleren op een door de Koning vastgesteld statuut. Verzoeker als man vermocht grondwettelijk geen lessen lichamelijke opvoeding te geven aan meisjes, vooral niet in dat stadium van hun ontwikkeling ; de minister had dit motief ingeroepen om aan de statutaire prioriteit te kunnen voorbijgaan. De Raad van State oordeelde dat het statuut niet moest worden nageleefd omdat uit de Grondwet kon worden afgeleid dat het onderwijs aan jongens en aan meisjes gescheiden moest worden gegeven door mannelijke of vrouwelijke leerkrachten (R.v.St. nr. 20.514, STORMS, 22 juli 1980 (noot W. LAMBRECHTS, "Discriminatie op grond van het geslacht en de lessen in lichamelijke opvoeding", *R.W.*, 1980-81, kol. 1079-1080). Het auditorsverslag had daarentegen geadviseerd de statutaire voorrang na te laten. Het arrest VAN DE VELDE nr. 22.316 van 8 juni 1982 dat over een zelfde probleem handelt, beperkt zich ertoe te stellen dat de overheid naar recht en redelijkheid had kunnen oordelen dat een vrouwelijke leerkracht een kennelijk grotere geschiktheid voor de gegeven opdracht had. In dezelfde zin als in het arrest STORMS werd gestatueerd in de arresten nrs. 25.010, VANSIELEGHEM en 25.011, FEYS, beide van 5 februari 1985 (studiecoördinatoren-opvoeders in een gemengd internaat). Die arresten stellen onder meer dat uit de wet van 19 maart 1964 houdende instemming met het Verdrag van 31 maart 1953 op de politieke rechten van de vrouw, blijkt dat het geslacht bij het vaststellen van de gedragsverplichtingen (?) geen absoluut verboden criterium van onderscheid is. Ondertussen was de wet van 4 augustus 1978 tot Economische heroriëntering tot stand gekomen waarin wordt bepaald dat mannen en vrouwen gelijkelijk voor alle functies moeten kunnen mededingen. De Koning wordt ertoe bevoegd gemaakt, bij een in ministerraad overlegd besluit, de functies vast te leggen die slechts geschikt zijn voor één van beiden. De rechtspraak STORMS is dus enige keren bevestigd geworden tot, door het in de procedure voor de Raad van State door verzoekers inroepen van kwestieuze wet van 4 augustus 1978, terecht de "gelijkheidsregel van de wet" werd toegepast. Het onderscheid tussen man en vrouw werd in de arresten BROSENS (R.v.St. nr. 28.888 van 24 november 1987) en DE LOOF (R.v.St. nr. 28.889 van 24 november 1987) dan ook als strijdig met titel V van de wet van 4 augustus 1978 bevonden. Volgens M. BOES (*Syllabus administratief recht*, o.c., 134-135) en A. VAN MENSEL (*Het beginsel van behoorlijk bestuur*, o.c., 89-91) is het arrest STORMS een schoolvoorbeeld van een verschillende behandeling. Wij hebben de zaak STORMS en enige opvolgers ervan aangehaald als niet na te volgen voorbeelden van afwijking van gebonden bevoegdheid.

<sup>76</sup> Iedereen moet het erover eens zijn voor een uitzondering te staan waarvan geen redelijk denkbaar mens zou vinden dat ze in een statuut moet zijn geformuleerd om ervan te kunnen afwijken.

omstandigheden waarin de overheid moet handelen aanwezig, dan is de overheid *verplicht* te handelen ; zijn die omstandigheden niet voorhanden, dan *mag* de overheid *niet* handelen. Het rechterlijk toezicht op de motieven sluit hier alleen in dat de rechter nagaat of bewezen is dat :

■ de omstandigheden waar de overheid zich op beroept, aanwezig zijn (*feitelijke juistheid der motieven*)

■ de kwestieuze omstandigheden juist werden geïnterpreteerd (*juridische juistheid der motieven*)<sup>(77)</sup>.

De controle door de administratieve rechter bestaat dus niet uit het nagaan of de juiste keuze is gemaakt, maar wel of de beslissing op juiste wijze is getroffen<sup>(78)</sup>. Nu er geen sprake kan zijn van een schending van het redelijkheidsbeginsel is er ook geen marginaal toetsingsrecht : er kan geen kennelijk onredelijke keuze zijn omdat er geen keuzemogelijkheid is<sup>(79)</sup>. De toetsing van de redelijkheid van een beslissing komt immers maar aan de orde in de mate dat de tot het nemen van de beslissing bevoegde overheid een beoordelingsbevoegdheid heeft<sup>(80)</sup>.

---

<sup>77</sup> J. BORRET, *Geschillen van bestuur of het administratief contentieux*, syllabus E.H.S.A., 1978, Brussel, 10.

<sup>78</sup> W. ONDERDONCK schrijft terzake dat "De controle van de rechter zich uitstrekt tot de hele beslissing" (A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling, een proeve*, Gent, Mys en Breesch, 1997, nr. 189).

<sup>79</sup> "Wanneer de rechter schending van het redelijkheidsbeginsel vaststelt, stelt hij nooit meer vast dan, negatief, dat de overheid de aangevochten beslissing niet had mogen nemen omdat ze tegen alle redelijkheid ingaat, stelt hij nooit vast, positief, welke beslissing de overheid wel had moeten nemen. Wanneer immers vaststaat welke beslissing de overheid had moeten nemen, kan het redelijkheidsbeginsel er niet aan te pas komen : het redelijkheidsbeginsel schenden vooronderstelt dat de overheid bij het nemen van haar beslissing een keuze kon doen, want het redelijkheidsbeginsel schenden is juist een keuze doen die tegen alle redelijkheid ingaat; wanneer de overheid een wel bepaalde beslissing moet nemen, heeft ze per definitie geen keuze te doen en kan ze dus ook geen onredelijke keuze doen" (R.v.St. nr. 55.430, TYTGAT, 27 november 1995). Als het bestuur verplicht is aan iemand voorrang te geven, is het middel gesteund op de miskenning van het redelijkheidsbeginsel niet gegrond (R.v.St. nr. 28.172, GHESKIERE, 24 juni 1987). Zie voor een omschrijving van het redelijkheidsbeginsel het volgend hoofdstuk, randnrs. 32-34.

<sup>80</sup> Zie M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", l.c. 89-116; -, *Syllabus administratief recht*, o.c. 59-62.



## HOOFDSTUK 2. DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID

29. Discretionaire <sup>(81)</sup> bevoegdheid betekent per definitie keuze-, of appreciatiebevoegdheid <sup>(82)</sup>, i.e. een vrije beoordelingsbevoegdheid die, uitzondering gemaakt voor het redelijkheidsbeginsel, inhoudelijk niet door het recht bepaald wordt <sup>(83)</sup>. De overheid is onvrij in de mate dat ze in overeenstemming met het recht moet handelen en vrij daarbuiten. Welke keuze de overheid maakt is een zaak van algemeen belang en stricto sensu geen zaak van het recht ; dat recht verschaft alleen aan de overheid de vrijheid van keuze.

30. De rechter heeft bij de beoordeling van de uitoefening van appreciatiebevoegdheid geen zeggenschap : niet hij oordeelt wat van algemeen belang is <sup>(84)</sup>. De overheid kiest tussen verschillende wegen die alle rechtmatig kunnen worden ingeslagen <sup>(85)</sup>. Het overheidsbestuur moet bij bewisting

---

<sup>81</sup> "Discernere" is afwegen.

<sup>82</sup> Een bepaling luidens welke van alle regelen inzake bevordering mag worden afgeweken voor personen met een hoge administratieve, wetenschappelijke en artistieke waarde is een typevoorbeeld van discretionaire bevoegdheid. Ingeval het reglement met betrekking tot de voorwaarden voor de toekenning van een bouwpremie geen cijfermatig uitgedrukte criteria hanteert, is er afwegingsmogelijkheid. Bij een bevordering is er keuze wanneer uitsluitend een minimale anciënniteit is vereist.

<sup>83</sup> W. LAMBRECHTS, *Geschillen van Bestuur*, o.c. 83 ; K. LEUS, *Pseudo-wetgeving*, o.c., 116-126 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., 700-701 nrs. 746-747 ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 18-19, nrs. 39-41 ; 46-47 nr. 88 ; J. DUJARDIN en J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht*, o.c., 87 ; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, o.c., 11-17 ; A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling*, o.c., 72-73, nrs. 90-191 ; M. BOES, *Syllabus administratief recht*, o.c., 178-179 ; S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 156 nrs. 85-87 ; D. LAGASSE, "Le contrôle du pouvoir „discrétionnaire" de l'administration par le juge", in *L'administration face à ses juges, Rapports de la journée d'étude organisée le 22 mai 1987 par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège*, Editions du Jeune barreau de Liège, 168 ; - "L'évolution du contrôle des actes administratifs "discrétionnaires" » par le Conseil d'Etat de 1971-1986, A.P.T. 1987, 216-241.

<sup>84</sup> Bij discretionaire bevoegdheid kan de Raad de keuze van de te nemen beslissing onmogelijk inhoudelijk onwettig bevinden zo die keuze niet tegen alle redelijkheid ingaat (R.v.St. nr. 33.021, GERMONPRE, 19 september 1989).

<sup>85</sup> R.v.St. nr. 27.629, GOOSSENS, 16 maart 1987 ; R.v.St. nr. 30.496, BOEN, 28 juni 1988 ; R.v.St. nr. 33.537, MAGDALEENS, 7 december 1989.

aantonen dat het ten aanzien van alle rechtsgebonden, dus niet-discretionaire elementen van de beslissing binnen de grenzen van de door de norm verleende machtiging heeft gehandeld <sup>(86)</sup> ; de rechterlijke controle kan ten volle gebeuren, want de beslissing moet uiteraard worden gedragen door deugdelijke motieven <sup>(87)</sup>. Maar een in discretionaire bevoegdheid genomen beslissing leent zich niet tot algehele toetsing door de Raad van State, omdat de rechter de keuze op zich niet inhoudelijk onwettig kan bevinden tenzij ze kennelijk onredelijk is <sup>(88)</sup>. De bevoegdheid van de overheid om de gegevens te appreciëren, is ruimer dan de bevoegdheid van de Raad van State om te oordelen of er rechtens het juiste gewicht werd aan gehecht <sup>(89)</sup>. De discretionaire bevoegdheid, i.e. het keuze-aspect, wordt

---

<sup>86</sup> "Het uitbrengen van een waarderingsoordeel is rechtsgebonden indien de overheid haar oordeel enkel op concrete feiten of op specifieke overwegingen die al dan niet in de haar bevoegd makende regel aangegeven zijn, mag steunen. De rechtmatigheid van een rechtsgebonden beslissing kan slechts blijken indien kan worden vastgesteld welke feiten of overwegingen de overheid in werkelijkheid tot haar waardeoordeel en dus tot haar beslissing hebben gebracht en eventueel op welke wijze de overheid juist tot haar feitelijke bevindingen is gekomen" (R.v.St. nr. 12.187, CRAPS, 27 januari 1967).

<sup>87</sup> Bijvoorbeeld moet bij de beslissing waarbij een tuchtstraf wordt uitgesproken worden nagegaan of het tuchtfeit een tuchtstraf kan wettigen (juridische juistheid naar de motieven), of het tuchtfeit bewezen is (feitelijke juistheid naar de motieven) en of de straf niet onredelijk is in verhouding tot het feit (de redelijkheidstoetsing, met name de vraag of de motieven de inhoud van de beslissing in redelijkheid kunnen dragen). In dit raam past het te verwijzen naar J. BORRET in zijn bespreking van het werk van D. D'HOOGHE (T.Gem. 94/1, 35-38 (36) : „Mag de practicus van het recht die uw recensent is hier verzuchten : daar zijn ze weer, die gevaarlijke verleiders ! Wie de voorbeelden van David D'HOOGHE leest waarin die beginselen (het gaat om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) toegepast heten te zijn, vraagt zich af : wordt hier werkelijk meer dan geschreven recht toegepast, recht neergelegd in de Grondwet : de gelijkheidsregel en de regel dat het hele overheidshandelen op het algemeen belang gericht moet zijn ? En zijn we zo niet goeddeels bij de doodgewone controle op de motieven beland, die motieven die een constitutief bestanddeel van de administratieve rechtshandeling zijn en als zodanig vanuit een oogpunt van elementaire logica, niet vanuit hooggestemde algemene beginselen, aan wettigheidstoezicht onderworpen zijn." (De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken, Brugge, Die Keure, 1993, 766 p.).

<sup>88</sup> J. BAERT, noot bij R.v.St. nr. 49.689, 14 oktober 1994, T.O.R.B., 1994-95, 140-142 ; -, noot bij R.v.St. nr. 62.082, 1 oktober 1996, T.O.R.B., 1996-97, 137-139.

<sup>89</sup> R.v.St. nr. 49.040, DRIESEN, 13 september 1994.

derhalve uitsluitend onderworpen aan de *marginale toetsing* <sup>(90)</sup> van de rechter. Die marginale toetsing wordt in het volgend nummer dieper uitgewerkt ten behoeve van een duidelijker begripsomlijning.

31. De volgende omschrijving kan van de marginale toetsing worden gegeven : een overheidsbeslissing omvat een gedeelte "wettigheid" en een gedeelte "opportuniteit". De Raad van State controleert de wettigheid, - met name of de beslissing overeenstemt met het recht -, terwijl hij zich over de opportuniteit, - met name de vraag naar het beleidsmatig gewenste -, niet mag uitspreken. Tussen die twee delen van de beslissing in is er een grens, een marge : marginaal betekent "op de grens". Ingeval de Raad van State vaststelt dat een andere kandidaat dan de gekozene op alle vlak beter is, dan rijst de vraag naar de redelijkheid van de overheidsbeslissing en gaat de marge zich van de kant wettigheid bewegen naar het deel opportuniteit : ze schuift a.h.w. op. De rechter gaat dan over de keuze(vrijheid) van de overheid oordelen, nog steeds binnen de rechtmatigheidstoetsing derhalve, door te zeggen dat die keuze zo vreemd is dat ze niet regelmatig kan zijn. De rechter gaat niet - en mag niet - op de stoel van het bestuur zitten in het geval waarbij hij oordeelt dat de overheid een absurde keuze deed. Zijn oordeel is enkel negatief : hij doet de keuze niet over, hij geeft alleen te kennen de keuze niet te kunnen begrijpen.

32. Bij discretionaire bevoegdheid kan, wanneer de motieven op zich zowel *feitelijk als juridisch juist* zijn, slechts worden nagegaan of ze in redelijkheid kunnen worden aangevoerd, of ze niet op een manifeste, i.e. een kennelijke beoordelingsvergissing berusten.

---

<sup>90</sup> I. OPDEBEEK schrijft dat de theorie van de marginale toetsing door een deel van de rechtsleer wordt beschouwd als overbodig en misleidend (*Rechtsbescherming...*, o.c., 37, nr. 70). D. LAGASSE citeert SAROT : "*aussi large que soit le pouvoir d'appréciation de l'autorité investie du pouvoir de nomination, la nomination purement politique reste condamnée*" (D. LAGASSE, "Le juge administratif face à la politisation des nominations de fonctionnaires", *J.T.*, 1987, 158, verwijzend naar vn. 8).



Er blijkt nog steeds frequent verwarring te bestaan o.m. bij verzoekende partijen omtrent de vraag wanneer een overheidsbeslissing onredelijk kan worden bevonden. De rechtsbeoefenaars schijnen te menen dat een niet redelijke beslissing inhoudt dat die beslissing niet juist, niet logisch, niet billijk, niet ernstig is, niet in de verwachting ligt. Gaan al die omschrijvingen de goede richting uit, dan zijn zij te zwak om van een *juridisch* onredelijke beslissing te kunnen spreken. Die doet zich voor indien niemand kan worden geacht een dergelijke beslissing te nemen. De redelijkheidstoetsing die de Raad van State uitvoert, is dus niet een oordeel over het redelijke van een beslissing zoals dat woord in het normale spraakgebruik wordt gebruikt. Bij de administratieve rechter betekent het dat de beslissing "te gek is om los te lopen". De administratieve rechter kan de burger dan ook niet beschermen tegen onredelijke beslissingen (gewoon spraakgebruik), alleen tegen onwettige beslissingen terwijl een beoordeling van het bestuur enkel voor onwettig kan worden gehouden indien blijkt dat die beslissing kennelijk onredelijk is : ingeval het een beslissing behelst waarvan het niet denkbaar is dat enige in redelijkheid handelende overheid ze zou kunnen nemen. Vandaar dat beter zoveel mogelijk van „*kennelijk onredelijk*” wordt gesproken in plaats van van „*redelijk*” en dat men er zich dient voor te behoeden de redelijkheid uit te breiden tot andere gevallen dan de voor iedereen vaststelbare onredelijkheid.

Bij de vergelijking van de titels en verdiensten betekent dit dat die vergelijking voor iedereen duidelijk en onmiddellijk zichtbaar een evident grotere geschiktheid van de ene kandidaat moet reveleren, zodanig dat het hem geven van die benoeming zich onweerstandbaar opdringt en het hem niet geven ervan dus zonder meer tegen alle redelijkheid ingaat <sup>(91)</sup>.

---

<sup>91</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 27.719, MERTENS, 24 maart 1987, *T.B.P.*, 1988, 36. Zie voor definities J. BAERT in een noot bij R.v.St. nr. 62.082, 1 oktober 1996, *T.O.R.B.*, 1996-97, 137-139 en voor definities in de na die noot tot stand gekomen rechtspraak, D. MAREEN, "De motieven van de administratieve rechtshandeling", *T.B.P.*, Jubileumnummer 50 jaar Raad van State, 2000, 20-38.

33. De *redelijkheidstoetsing* is de toetsing naar het al dan niet bestaan van een wanverhouding tussen de motieven en de inhoud van een beslissing <sup>(92)</sup>. "*Dringt de beslissing zich niet evident op, dan betekent dit niet dat ze zich evident niet opdringt*" <sup>(93)</sup>. De klassieke formulering is dat de controle door de Raad van State hierop neerkomt dat hij de stoel van de overheid bestijgt en nagaat of hij er van schrik weer afvalt wanneer hij hoort welke beslissing die overheid genomen heeft <sup>(94)</sup>. WADE heeft reeds in de 17e eeuw gesteld dat geen enkele bevoegheid wordt gegeven om er onredelijke dingen mee te doen <sup>(95)</sup>. Spreken over onredelijkheid impliceert dat de onredelijkheid van de beslissing zich met dergelijke evidentie opdringt dat men er zelfs niet hoeft over na te denken <sup>(96)</sup>.

F. DEBAEDTS benadrukt dat toetsen aan de redelijkheid niet mag ontaarden in *beleidstoetsing* <sup>(97)</sup> ; A. VAN MENSEL stelt in dat verband dat hij de vinger op de wonde legt <sup>(98)</sup>. Het gaat immers, het zij beklemtoond, bij de redelijkheidstoetsing steeds over totale onaanvaardbaarheid : de uitspraak dat een besluit niet onredelijk is laat plaats voor andere "redelijke"

---

<sup>92</sup> R.v.St., nr. 29.773, VAN HOVE, 19 april 1988 ; R.v.St. nr. 32.792, VAN DAMME, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 34.104, DROESHOUT, 20 februari 1990, noot D. MAREEN, *T.B.P.*, 1990, 678 ; R.v.St. nr. 60.103, LEBON, 12 juni 1996, overw. 2.5.3.1. ; R.v.St. nr. 60.750, DAVIDSON, 4 juli 1996, overw. 2.1.4. ; R.v.St. nr. 62. 961, DE BIE, 6 november 1996, overw. 3.2.3.

<sup>93</sup> R.v.St. nr. 59.522, VAN DEN BERGH, 7 mei 1996.

<sup>94</sup> SCHELTEMA, "*Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen*", Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXIV, 1975, 16 (de SCHELTEMA-proef geheten).

<sup>95</sup> J. BORRET, Recensie bij I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, *T.Gem.*, 1989, 337.

<sup>96</sup> In verband met het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in een schorsingszaak hanteert de Raad van State in zekere zin ook het redelijkheidsbeginsel waar hij stelt dat het nadeel "evident" kan zijn, "*dat wil zeggen dat geen redelijk denkend mens het kan betwisten en dus ook de verwerende partij onmiddellijk inziet om welk nadeel het gaat*" (R.v.St. nr. 41.247, NATIONALE UNIE DER OPENBARE DIENSTEN, 1 december 1992).

<sup>97</sup> F. DEBAEDTS, "*De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht*", *T.B.P.*, 1988, 647.

<sup>98</sup> A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, o.c., 157, nr. 414.

besluiten, maar het oordeel dat een besluit niet in redelijkheid genomen kon worden, is vernietigend. Bij de redelijkheidstoets valt dus mèèr te beoordelen dan de vraag of een weldenkend mens met verantwoordelijkheidszin in de gegeven situatie zo zou hebben kunnen handelen als er gehandeld is. REMION citeert "een eminent Nederlands jurist"<sup>(99)</sup> om te stellen dat het om een opwelling moet gaan die bij iedereen, of toch bij de meerderheid, terug te vinden is, niet alleen bij zeer redelijke mensen. Het arrest LOSTERMANS heeft het over de formule dat geen enkele overheid <sup>(100)</sup> die beslist met kennis van zaken en de belangen van de dienst en van het personeelslid echt afweegt, in redelijkheid en in de gegeven omstandigheden tot de onredelijk bevonden beslissing kon komen <sup>(101)</sup>.

Kan de Raad van State derhalve "evidentelijk" zeggen dat een beslissing kennelijk onredelijk is, dan is het tegenovergestelde, met name aantonen dat een beslissing niet kennelijk onredelijk is, moeilijker. Van de Raad van State kan niet worden verwacht, zo stelt het arrest MASSANT <sup>(102)</sup>, dat hij in het lang en in het breed uiteenzet en motiveert waarom naar zijn mening de overheid binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven, zoniet zou hij doen wat zijn taak niet is, te weten het oordeel van de overheid overdoen. Dit laat volgens Johan LUST in een aantal gevallen een enigszins onbevredigende nasmaak : soms is de redelijkheid of de evenredigheid evident

---

<sup>99</sup> "Même parmi les personnes raisonnables, les avis peuvent être très divergents au sujet de ce qui est conforme ou non à l'équité, à la raison, aux usages. Mais ce qui est hautement inéquitable, déraisonnable, inconvenant, s'impose à nous avec une évidence immédiate et l'on est fondé à croire, même sans recourir à un sondage empirique, que ce que le juge ressent en conscience coïncide avec la communis opinio d'une majorité considérable de la population" (F. REMION, *Le Conseil d'Etat, ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 65).

<sup>100</sup> of geen enkel "normaal werkend bestuur" (R.v.St. nr. 27.719, MERTENS, 24 maart 1987, *T.B.P.*, 1988, 36).

<sup>101</sup> R.v.St. nr. 22.899, LOSTERMANS, 1 februari 1983.

<sup>102</sup> R.v.St. nr. 40.179, MASSANT, 27 augustus 1992.

en voor iedereen (met een normaal gezichtsvermogen) direct zichtbaar, soms echter is dat niet zo...<sup>(103)</sup>.

34. Uit de voorgaande omschrijving moge blijken dat een overheidsbeslissing door de Raad van State zelden kennelijk onredelijk wordt bevonden en dat het onmiskenbaar aangewezen is in een geding voor de Raad van State eerst de wettigheid van de motieven op zich te betwisten vooraleer de onredelijkheid van de beslissing aan te klagen. Er kan slechts een oordeel worden uitgesproken over de redelijkheid van een beslissing zo de *beide componenten*, zijnde de inhoud en de motieven van de beslissing, bekend en toetsbaar zijn <sup>(104)</sup>. In het geval dat ze niet deugdelijk <sup>(105)</sup> of niet bekend zijn, kan het in een geding aangevoerde middel dat op schending van het redelijkheidsbeginsel is gesteund *onmogelijk tot vernietiging leiden* <sup>(106)</sup>.

Zo blijft duidelijk dat geen vrees hoeft te bestaan rond enerzijds de vraag of de rechter wel tot volledige rechtmatigheidstoetsing overgaat en anderzijds of de marginale toetsing niet tot een ongewenste vergroting van de macht van het bestuur leidt <sup>(107)</sup>, omdat de rechterlijke motievencontrole (niet meer dan) de toets naar de volledige feitelijke en juridische juistheid van de beweegreden(en) van de beslissing omvat.

---

<sup>103</sup> Uittreksel uit het verslag van J. LUST voor R.v.St. nr. 57.545, VERSTRAETE, 17 januari 1996, *T.B.P.*, 1996, 188.

<sup>104</sup> Een kennelijke wanverhouding vaststellen tussen de rechtens relevante en op werkelijk bestaande feiten gesteunde motieven en de beslissing die op grond ervan genomen is (R.v.St. nr. 45.685, N.V. ECA, 18 april 1994, *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 120, noot M. BOES), is maar doenbaar wanneer de motieven bekend zijn (R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996 ; R.v.St. nr. 68.488, DE COCKER, 30 september 1997).

<sup>105</sup> Wanneer alle elementen van het betoog van de verzoekende partij er toe strekken de juistheid of het bewezen zijn van de motieven van de beslissing in twijfel te trekken, zijn ze rechtens niet dienstig ter ondersteuning van het middel van de schending van het redelijkheidsbeginsel (R.v.St. nr. 68.248, LEMAHIEU, 23 september 1997).

<sup>106</sup> Of kan het niet zinvol worden aangevoerd (R.v.St. nr. 72.322, BARDIJN, 10 maart 1998).

<sup>107</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 37-38, nr. 71.

35. De in voorkomend geval door de overheid aan zichzelf opgelegde algemene gedragsbeperkende regels - ook wel beleidsnormen genoemd - mogen, indien een bestuur in de uitoefening van discretionaire bevoegdheid handelt, slechts een *relatief dwingend* karakter <sup>(108)</sup> hebben. De overheid kan haar discretionaire bevoegdheid immers enigermate binden door dergelijke algemene regels, maar zij mag daardoor niet tekort komen aan de uit de habilitatiebepaling voortvloeiende verplichting om de bijzonderheden van ieder individueel geval te beoordelen <sup>(109)</sup>. Indien de overheid de woorden "in principe" gebruikt, woorden die in een verordenende tekst volkomen ongebruikelijk zijn maar in een zichzelf beperkende richtlijn <sup>(110)</sup> <sup>(111)</sup> volkomen passend, kan men aannemen dat zij alleen maar de algemene gedragslijn verwoordt waardoor zij zich zal laten inspireren zonder er zich onvoorwaardelijk, als door een rechtsregel, door gebonden te achten <sup>(112)</sup>. De overheid moet zich telkens opnieuw, vooraleer een beslissing te treffen, afvragen of het volgen van de gedragslijn zich opdringt op grond van een in redelijkheid aanvaardbaar motief. Zulk een motief houdt rekening met de noodzaak aan een samenhangend beleid, een gelijke behandeling en rechtszekerheid. De overheid

---

<sup>108</sup> R.v.St. nr. 24.467, BEHEYT, 20 juni 1984.

<sup>109</sup> R.v.St. nr. 23.959, VAN LIERDE, 9 februari 1984.

<sup>110</sup> De overheid duidt daarin de wijze aan waarop zal worden tewerk gegaan bij het nemen van beslissingen waarbij dat aspect nog niet gereguleerd is (R.v.St. nr. 15.094, LION, 22 december 1971).

<sup>111</sup> Indien bijvoorbeeld de overheid aan de kandidaten voor benoeming een brochure bezorgt met richtlijnen dan mag, bij gebrek aan uitleg van de overheid over de door haar toegepaste criteria, worden aangenomen dat de verstrekte richtlijnen bij de beoordeling als maatstaf zullen dienen. Is dat klaarblijkelijk niet gebeurd, dan werd niet de vereiste zorgvuldigheid aan de dag gelegd (R.v.St. nr. 70.062, ARIJS, 8 december 1997).

<sup>112</sup> Bijvoorbeeld ten aanzien van statutaire regelen inzake de beoordeling, heeft de Raad van State reeds gewezen dat die regelen die ontleend zijn aan het statuut, geen algemene beginselen zijn die bij gemis aan een tekst toepassing moeten vinden (R.v.St. nr. 7.822, VAN DEN AMEELE, 28 april 1960) ; dat met het oog op bevorderingen, beoordelingsvermeldingen, ondanks het gemis aan statuut, kunnen worden toegekend doch die vermeldingen de benoemende overheid niet binden in de uitoefening van zijn benoemingsbevoegdheid (R.v.St. nr. 11.975, LOOZEN, 23 september 1966 ; R.v.St. nr. 15.769, MIROIR, 26 maart 1973). Zie ook R.v.St. nr. 16.223, STOPPIE, 5 februari 1974 ; R.v.St. nr. 21.890, CLOES, 13 januari 1982.

zou aan haar discretionaire bevoegdheid verzaken ingeval zij de uitoefening ervan aan *absoluut* bindende rechtsregels zou onderwerpen <sup>(113)</sup> <sup>(114)</sup>. De overheid die wel een discretionaire maar *geen reglementaire* bevoegdheid bezit, kan dus haar bevoegdheid objectiveren door de algemene beleidsnormen vast te stellen en bekend te maken <sup>(115)</sup> die ze voor zichzelf zal volgen maar met de bedoeling om bij elk concreet geval na te gaan of er geen redenen zijn die een andere oplossing noodzakken <sup>(116)</sup> <sup>(117)</sup>. Echter om de richtlijn of de beleidsnorm niet elke zin te doen verliezen, moet de overheid indien ze ervan afwijkt, zich daarvoor op een deugdelijk motief kunnen beroepen <sup>(118)</sup>.

36. Bij discretionaire bevoegdheid kan *geen enkel criterium de verplichting tot handelen* met zich brengen. Desgevallend kan aan bepaalde criteria <sup>(119)</sup> een groot gewicht worden gehecht,

---

<sup>113</sup> R.v.St. nr. 41.300, LAUF, 8.12.1992. In deze zaak had de overheid een richtlijn uitgevaardigd die stelde dat degenen die de voorwaarden voor vaste benoeming niet vervulden, onvoorwaardelijk werden uitgesloten van tijdelijke aanstellingen, behalve dan voor een enkel academiejaar (overw. 3.1.1.). Eenzelfde zaak werd beslecht in het arrest nr. 41.299, VEREECKEN, 8 december 1992, overw. 3.3.1.

<sup>114</sup> Door zich zonder meer te gedragen naar een richtlijn alsof die de bindende kracht van een rechtsregel had, miskent de overheid haar discretionaire bevoegdheid indien ze die wettelijk heeft. Als de overheid iemand voor onbepaalde tijd aanstelt in plaats van te benoemen en de beleidsregel die de tijdelijke aanstelling mogelijk maakt te allen prijze hanteert, negeert zij in dat geval het recht van het voordragend orgaan om binnen de ruimte geschapen door de wetsbepalingen, iemand voor benoeming voor te dragen.

<sup>115</sup> Het kan niet de bedoeling zijn een regel als bindend te beschouwen indien er geen publicatiemaatregelen genomen worden om de tegenwerpelijkeit ervan tegenover derden, meer bepaald degenen die het voorwerp van de richtlijn zijn, te waarborgen.

<sup>116</sup> Zie het verslag van toenmalig Auditeur P. LEMMENS, R.W., 1986-1987, 660-663 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>117</sup> Het feit bijvoorbeeld dat de overheid voorafgaand de voorstellen wil voorgelegd zien, wijst erop dat zij elk geval afzonderlijk wenst te onderzoeken.

<sup>118</sup> R.v.St. nr. 24.467, BEHEYT, 20 juni 1984 ; R.v.St. nr. 48.490, VANDENDAELE, 5 juli 1994 ; R.v.St. nr. 46.724, DEVOS, 29 maart 1994.

<sup>119</sup> De in een bepaald ambt verworven anciënniteit bijvoorbeeld kan fungeren als minimumvereiste voor benoeming, maar mag niet gelden als doorslaggevend criterium om de aanspraken te vergelijken.

maar geen enkel ervan mag als decisief worden beschouwd in die zin dat de overheid bij aanwezigheid ervan tot bijvoorbeeld benoeming zou verplicht zijn <sup>(120)</sup>.

37. Bij verscheidene kandidaten die moeten worden vergeleken, geldt de gelijkheidsregel. Voor benoemingen kreeg die vereiste omstreeks de jaren negentig vorm in het beginsel van de "gelijke toegang tot de openbare betrekkingen" ; ambtenaren moeten gelijkkelijk hun loopbaan kunnen uitbouwen <sup>(121)</sup>.

Dat beginsel geldt evenzeer voor ambtenaren die op grond van een *nieuw statuut* zouden worden uitgesloten van bevordering, anders miskent dit statuut zelf de gelijkheidsregel <sup>(122)</sup>.

Maar *zonder statuut* geldt die regel uiteraard ook <sup>(123)</sup> en moet de overheid in redelijkheid oordelen op grond van de haar

---

<sup>120</sup> Het staat de benoemende overheid dus vrij om aan een bepaald criterium een grote waarde toe te kennen, maar de overheid kan net zo goed aan andere elementen een groter gewicht geven. Hetzelfde kan gezegd worden in verband met het ambt dat de kandidaten uitoefenen : de overheid kan van oordeel zijn dat een bepaald ambt aanspraken kan verlenen op een benoeming maar de overheid kan ook op volkomen geldige wijze een andere opvatting huldigen. Vervult een kandidaat alle benoemingsvoorwaarden, dan nog heeft de overheid de discretionaire bevoegdheid met betrekking tot de feitelijke geschiktheid van elke kandidaat (R.v.St. nr. 39.488, LUPPENS, 26 mei 1992).

<sup>121</sup> De formule uit de rechtspraak luidt dat de overheid verplicht is, op grond van het gelijkheidsbeginsel betrokken op de publiekrechtelijke situatie van de ambtenaren, om de geschiktheid en aanspraken van alle kandidaten, die regelmatig hun aanvraag tot benoeming hebben ingezonden, te onderzoeken en onderling te vergelijken. Zo oordeelde de Raad van State dat er schending van het gelijkheidsbeginsel is, wanneer een keuze tussen kandidaten geschiedt op grond van criteria die verschillen van kandidaat tot kandidaat of waarvoor geen objectieve rechtvaardiging in het dossier aanwezig is. In het eerste geval zijn de criteria niet geopenbaard ; de teleurgestelde kandidaat kan zich ten aanzien van de pertinentie ervan niet verdedigen wat op een ongelijke behandeling neerkomt. In de tweede hypothese heeft de overheid op de (in redelijkheid direct zichtbaar grotere) aanspraken van de voorbijgegangene kandidaat geen acht geslagen : a fortiori zijn die dus niet vergeleken met die van de benoemde (R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990, dat zowat een typevoorbeeld is).

<sup>122</sup> Zie R.v.St. nr. 39.598, DE BOE, 9 juni 1992.

<sup>123</sup> Indien voor een bepaalde categorie personeelsleden geen statuut voorhanden is, moeten objectief vast te stellen, essentiële criteria aangaande de administratieve rechtstoestand van het personeel, gerechtvaardigd kunnen worden door specifieke dienstvereisten. Deze criteria

rechtens bekend zijnde gegevens. De overheid is dus steeds gebonden aan minstens één rechtsregel om haar motieven op te gronden, ook indien met betrekking tot een bepaald geval geen rechtsregels bestaan <sup>(124)</sup>. Opdat de gelijkheidsregel effectief zou zijn nageleefd bij de verplichting tot vergelijking van titels en verdiensten, moeten het motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, die ondergeschikt zijn aan de gelijkheidsregel en in dienst ervan staan, in acht zijn genomen <sup>(125)</sup>.

38. *Gelijktijdig of met betrekking tot dezelfde aangelegenheid* getroffen discretionaire beslissingen moeten door coherente motieven worden gedragen <sup>(126)</sup>. Is de overheid tot een bepaald opportuniteitsoordeel gekomen, dan kan ze niet zomaar bij een latere beslissing in verband met eenzelfde zaak een tegenovergestelde opvatting hanteren, tenzij precieze, concrete elementen doen begrijpen waarom de overheid van mening is veranderd <sup>(127)</sup>.

---

moeten des te strakker en gelijkvormiger worden toegepast naarmate de vergeleken openbare diensten onderling nauwere verwantschap vertonen wat betreft opdracht en organisatie (R.v.St. nrs. 21.942 en 21.943, *BERGE en VAN DE VELDE*, 28 januari 1982).

<sup>124</sup> R.v.St. nr. 29.773, *VAN HOVE*, 19 april 1988.

<sup>125</sup> R.v.St. nr. 37.538, *LENS*, 27 augustus 1991, *T.Gem.*, 1993, 324 ; *I. OPDEBEEK*, *De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten...*, *l.c.*, 9.

<sup>126</sup> Er wordt aangenomen dat de toezichthoudende overheid discretionair oordeelt over de opportuniteit van het aanwenden van de algemene schorsings- en vernietigingsbevoegdheid. Indien zij evenwel in het ene geval wel vernietigt en in het andere niet (hoewel zij dit had gekund en zonder dat het administratief dossier enig gegeven bevat op grond waarvan dit onderscheid wordt verantwoord met betrekking tot beslissingen die inhoudelijk zo gelijk zijn) gebruikt zij haar vernietigingsbevoegdheid op willekeurige wijze.

<sup>127</sup> In de nieuwe beslissing of in een voorbereidend stuk.



### HOOFDSTUK 3. INTERPRETEREN EN APPRECIEREN

39. Bij gebonden bevoegdheid wordt door de overheid geïnterpreteerd, bij discretionaire bevoegdheid wordt door de overheid zowel geïnterpreteerd als geapprecieerd (<sup>128</sup>). Bij het nemen van de overheidsbeslissingen waarover dit werk handelt en vervolgens ten aanzien van het rechtsherstel, is het onderscheid tussen beide begrippen essentieel. Het komt derhalve nuttig voor om deze begrippen apart te beschrijven, zonder exhaustief te werk te gaan.

Er zij nog vermeld dat de taak van de rechter uitsluitend het interpreteren behelst terwijl de overheidstaak, zoals vermeld, zowel het interpreteren als het appreciëren kan omvatten. Ook kunnen soms gebonden en discretionaire bevoegdheid in één beslissingsproces voorkomen.

#### *AFDELING 1. Interpreteren*

40. Interpreteren is vaststellen wat de juiste draagwijdte van de rechtsregel is, wat de auteur van de tekst heeft gewild, in het geval dat die tekst opgesteld is in dubbelzinnige bewoordingen of in verschillende betekenissen kan worden begrepen (<sup>129</sup>). Slechts één interpretatie is de juiste (<sup>130</sup>).

---

<sup>128</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c. verwijzen in vn. 12 op blz. 700 ook naar W. LAMBRECHTS, "Appreciëren en interpreteren", noot bij R.v.St., nr. 30.496, BOEN, 28 juni 1988, R.W., 1989-1990, 259-260 en naar R.v.St. nr. 20.838, V.Z.W. ONDERWIJSINRICHTINGEN VAN DE ZUSTERS VAN DE VOORZIENIGHEID, 23 december 1980, met verslag J. BORRET, T.B.P., 1981, 491-501 en R.v.St. nr. 27.629, GOOSSENS, 10 maart 1987, met noot A. VANDENDRIESSCHE, T.Gem., 1988, 112-114.

<sup>129</sup> R.v.St. nr. 15.533, NATIONAAL VERBOND VAN DE SOCIALISTISCHE ZIEKENFONDSEN van 27 oktober 1972 ; R.v.St. nr. 21.994, STAD NAMEN, 10 februari 1982. Bij een interpretatieprobleem van een wet in de formele zin, kan beroep worden gedaan op de parlementaire voorbereiding ; voor koninklijke besluiten voorafgegaan door een verslag aan de Koning, kan beroep worden gedaan op dat verslag (D. MAREEN, „Het wetsbegrip voor de Raad van State" in *Het Wetsbegrip, Acta van het Centrum voor Wetgeving, Regulering en Legisprudentie*, L.J. WINTGENS (Ed.) Brugge, Die Keure, 2003, 167-215).

Interpreteren situeert zich op het terrein van het recht : de juiste betekenis van een bepaling achterhalen houdt geen appreciatiebevoegdheid in. Een door de overheid gegeven interpretatie bindt de rechter uiteraard niet <sup>(131)</sup>. Grondwetsartikelen of wettelijke bepalingen kunnen aan de rechter of aan de administratieve overheid de zorg overlaten om de inhoud van zeer algemeen geformuleerde begrippen <sup>(132)</sup> nader te bepalen.

Een bepaalde kwalificatie die wordt toegekend door een verordening, kan haar op zichzelf dit karakter niet op algemeen bindende wijze verlenen : de rechter is gehouden zelf de juiste aard ervan te bepalen <sup>(133)</sup>. Hoewel de Koning zijn eigen besluiten vermag te interpreteren, verleent geen tekst hem de bevoegdheid een ook de rechter bindende interpretatie van zijn besluiten te geven. De Raad van State heeft tot taak na te gaan of de door de Koning gegeven interpretatie de juiste en dus de wettige is <sup>(134)</sup>.

41. De regel niet toepassen omdat het feitelijk niet wenselijk is dat te doen, kan rechtens maar indien de tekst tegen alle redelijkheid ingaat <sup>(135)</sup> <sup>(136)</sup>. Het bestuur mag niet

<sup>130</sup> "Ofschoon tussen de partijen in een geding verschil van mening kan bestaan daarover" (R.v.St. nr. 62.591, BOCKSTAEL, 16 oktober 1996, overw. 2.2.1.).

<sup>131</sup> R.v.St. nr. 24.587, GOYENS, 5 juli 1984. Verwarren we niet de interpretatie van een regelgevende tekst door de overheid als verwerende partij in een geding met de veeleer uitzonderlijke authentieke interpretatie door de wet- of decreetgever.

<sup>132</sup> Bijvoorbeeld wat is gelijkheid voor de wet, wat houdt het begrip "uiterst dringende noodzakelijkheid", of het begrip "hoogdringendheid", of "openbare veiligheid" in ?

<sup>133</sup> R.v.St. nr. 21.061, P.V.B.A. STAES Marcel, 24 maart 1981.

<sup>134</sup> R.v.St. nr. 26.359, VAN VINCKENROYE, 15 april 1986.

<sup>135</sup> R.v.St. nr. 40.849, LABEAU, 27 oktober 1992.

<sup>136</sup> Het personeelsstatuut van de stad Gent bepaalde dat indien de echtgenoot van een personeelslid handel dreef, dat personeelslid ambtshalve ontslagen moest worden. Er werd toepassing van gemaakt voor een werkmans wiens echtgenote een onbeduidend winkeltje had. De rechtsregel had, teneinde zijn onredelijk karakter te verliezen, moeten worden geformuleerd in die zin dat het personeelslid "kon" worden ontslagen, het bestuur alzo de faculteit biedend daartoe al dan niet over te gaan (J. BORRET,

in strijd met de redelijkheid op algemene wijze de belangen van de bestuurden krenken bij het vaststellen van algemene voorwaarden (<sup>137</sup>).

42. Interpreteren kan alleen indien de regel niet duidelijk is : *interpretatio cessat in claris* (<sup>138</sup>) ; er is geen reden om een op zichzelf klare tekst te interpreteren zeker niet met het risico dat die interpretatie zou uitlopen op een verdraaiing van de betekenis en draagwijdte van de tekst, ten koste van de rechtszekerheid (<sup>139</sup>). De Raad van State maakte zeer veelvuldig toepassing van deze regel en stelde zich herhaaldelijk op het standpunt dat de billijkheid (<sup>140</sup>) of de redelijkheid niet kunnen opwegen tegen een duidelijke tekst (<sup>141</sup>).

Is echter het standpunt dat een bepaalde tekst duidelijk is, reeds geen interpretatie (<sup>142</sup>) ? De "sens clair" doctrine is niet vrij van kritiek. Die opvatting is volgens M. ADAMS door de hedendaagse rechtsvindingstheorie achterhaald, aangezien volgens hem de beslissing dat een tekst duidelijk is, altijd een keuze is binnen een bepaalde context en dat aan de termen

---

"Administratieve weerslag van het drijven van een handel door de echtgenote van een gemeente- of C.O.O.-beambte", *De Gem.*, 1965, 20, "Conséquences administratives de l'exploitation d'un commerce par l'épouse d'un agent d'une commune ou d'une C.A.P.", *Mouv. Comm.* 1965, 70).

<sup>137</sup> R.v.St. nr. 30.876, DE LEENER en BALLON, 27 september 1988, advies VANDENDRIESCHE, A., *T.Gem.* 1989, 201.

<sup>138</sup> De interpretatie houdt op waar duidelijkheid heerst.

<sup>139</sup> R.v.St. nr. 21.144, PUTTAERT, 7 mei 1981.

<sup>140</sup> R.v.St. nr. 9.093, BELGISCHE STAAT T/PARENT, 12 januari 1962 ; R.v.St. nr. 14.891, DEPONTHIERE, 29 juli 1971. "Als eenmaal de betekenis van de wet of het reglement vaststaat, vermogen de administratieve overheid, evenmin als de rechter, daar iets aan te wijzigen of toe te voegen op grond van billijkheidsoverwegingen..." (R.v.St. nr. 22.419, VAN DEN BRANDEN en RUPKE, 1 juli 1982).

<sup>141</sup> R.v.St. nr. 12.912, GEMEENTE MIDDELKERKE, 23 april 1968 ; R.v.St. nr. 17.602, VELGHE, 5 mei 1976 ; R.v.St. nr. 35.576, COLLIN, 21 september 1990.

<sup>142</sup> M. ADAMS antwoordt bevestigend in zijn boekbespreking van G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door mr. T. KOOPMANS*, R.W. 1999-2000, 1071-1072, nr. 47, vn. 159.

een betekenis moet worden gegeven die conform is met de juridische beginselen die prevaleren in de wetgeving en rechtspraak ; ook M. VAN HOECKE heeft in zijn proefschrift over de interpretatievrijheid van de rechter een soortgelijke stelling geponeerd (<sup>143</sup>). Hiermee gaat hij mogelijks in tegen G.J.WIARDA die verdedigt dat in het geval waarbij slechts feitelijke geschilpunten in het geding zijn en er over de betekenis van de daarbij ingeroepen rechtsregels geen verschil van mening kan bestaan, de rechter, na omtrent de feitelijke geschilpunten tot een conclusie te zijn gekomen, door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing kan komen. De inhoud van de wet kan in die redenering duidelijk zijn op grond van de woorden zelf van de wet (<sup>144</sup>).

43. Het sens-clair-principe staat naast andere principes zoals het adagium dat voorschrijft dat wetten op een redelijke manier moeten uitgelegd worden opdat hun bedoeling bewaard zou blijven (<sup>145</sup>), of nog het beginsel dat wie zich vastklampt aan de letter van de wet, niet dieper gaat dan de schors (<sup>146</sup>). De laatste twee beginselen doen denken aan de teleologische interpretatie (<sup>147</sup>). Maar indien het bijvoorbeeld om een vergelijking van anciënniteiten in een bepaalde graad gaat en de grootste anciënniteit statutair determinerend is om benoemd te worden, moet de hoegrootheid van het aantal dagen of jaren voor iedereen vaststelbaar zijn en derhalve geen interpretatie behoeven. Ook een benoembaarheidsvereiste "maximum 40 jaar" is duidelijk door zichzelf en er een andere interpretatie aan geven dan dat de kandidaat, met zijn veertigste verjaardag,

---

<sup>143</sup> M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979 ; -, "De duidelijke tekst van de wet", *R.W.*, 1990-1991, 825-826.

<sup>144</sup> M. ADAMS, boekbespreking van G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding...*, o.c. 1072, vn. 159.

<sup>145</sup> "benignius leges interpretandae sunt qua voluntas earum conservetur".

<sup>146</sup> "qui haeret in littera, haeret in cortice", *R.v.St.* nr. 47.146, 3 mei 1994.

<sup>147</sup> Randnr. 45.

ophoudt de leeftijdsvoorwaarde te vervullen, is het wijzigen van de benoemingsvereisten zelf <sup>(148)</sup>. Evengoed komt het duidelijk voor dat indien een licentiaat in de filosofie wordt gevraagd en er slechts één licentiaat in de filosofie kandidaat is, de overige kandidaten die licentiaat in de rechten zijn geen kans maken, hoe goed ze ook zouden zijn. De gevallen waarbij niet kan gesteld worden dat een tekst nog interpretatie zou behoeven of een andere, bijvoorbeeld strikte uitlegging zou vergen, zijn niet zo zeldzaam. Het argument dat een wet die de taalvrijheid beperkt, strikt moet worden uitgelegd, is niet dienstig als de wet ondubbelzinnig voorschrijft welke taal moet worden gebruikt <sup>(149)</sup>. Indien de tekst duidelijk is, primeert hij op elk algemeen beginsel <sup>(150)</sup>.

44. De interpretatie per analogie kan worden omschreven als de toepassing van een wet in de materiële zin van het woord op een geval waarover de tekst niet handelt, maar dat gelijkaardig is aan een geval waarover die tekst wel handelt. Tot het voorhanden zijn van de vereiste gelijkaardigheid zal men pas kunnen concluderen nadat men het doel heeft opgespoord van de rechtsregel die in de betrokken tekst is neergelegd ; het doel, de "ratio" uit het adagium "*Ubi eadem ratio, ibi idem jus*" : waar dezelfde reden voor is, moet hetzelfde recht geschieden. Wanneer gelijkaardige situaties voorkomen, dient er dezelfde regel op toegepast te worden.

Door de aandacht die in dit geval aan het doel van de rechtsregel wordt besteed, sluit het interpreteren per analogie aan bij de teleologische interpretatie en kan het als een technische modus van de teleologische interpretatie worden beschouwd. Een interpretatieregel waarbij, in een besluit dat een geheel vormt, de minder duidelijke teksten worden verklaard in het licht van de duidelijke teksten, is deugdelijk. Doch er wordt niet meer deugdelijk geïnterpreteerd wanneer de betekenis van een bepaling die blijkbaar op een misverstand of een

---

<sup>148</sup> R.v.St. nr. 4.978, GEMEENTE OOSTERZELE, 21 februari 1956.

<sup>149</sup> R.v.St. nr. 17.987, N.V. CHARBONNAGES DE MONCEAU-FONTAINE, 8 december 1976.

<sup>150</sup> R.v.St. nr. 23.950, SCHOLLAERT, 7 februari 1984.

slordigheid berust of die niet de meest logische is, wordt uitgebreid tot een bepaling die ruimte laat voor een andere interpretatie, en wel juist voor de meest logische. Het is niet zinvol per analogie, procédé van de logica, te gaan redeneren daar waar de logica ontbreekt. Zo G.J. WIARDA <sup>(151)</sup> aanbeveelt voor de interpretatie van vage rechtsnormen te zoeken naar "verwante figuren", dan doet hij dit maar voor het geval in die verwante figuren "de oplossing evident, want duidelijk binnen de grenzen van het redelijke, billijke, behoorlijke ligt".

45. De teleologische interpretatie houdt in dat teksten moeten worden gelezen in functie van het rechtssysteem binnen hetwelk zij bestaan <sup>(152)</sup>. Dat omvat het geheel van rechtsregelen en hun betekenis, het doel dat zij nastreven, de beginselen die eruit kunnen worden afgeleid en de neerslag ervan in rechtspraak en rechtsleer. Rechtsregelen dienen te worden getoetst aan de achterliggende gedachte en de logische interpretatie van een wettelijke bepaling is de enige die in overeenstemming kan worden geacht te zijn met de bedoeling van de wetgever <sup>(153)</sup> <sup>(154)</sup>.

Die teleologische uitlegging, die de finaliteit van de tekst poogt te vatten, wordt vaak door de Raad van State toegepast. Het arrest ZOETE poneert in dezelfde geest, dat men in het algemeen kan stellen dat een wettekst een zelfstandige waarde en werking heeft, die maakt dat hij zich van zijn wordingsgeschiedenis kan losmaken in de mate dat hij ook zinvol maatschappelijke verhoudingen kan regelen waaraan bij het maken van de wet niet werd gedacht maar die in de hypothese van de rechtsregel kunnen worden ingepast <sup>(155)</sup> <sup>(156)</sup>. Een wet van

---

<sup>151</sup> G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *R.W.*, 1973-74, 177.

<sup>152</sup> Ook als zij algemeen als duidelijk worden beschouwd.

<sup>153</sup> R.v.St. nr. 30.583, THIJS, 14 september 1988.

<sup>154</sup> Zo volgt uit het doel van de bepaling luidens welke een politieagent een bepaalde minimum-lichaamslengte moet hebben, dat de lengtemeting van de gestalte staand en niet liggend, moet gebeuren (R.v.St. nr. 34.283, NAESSENS, 6 maart 1990).

<sup>155</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

openbare orde moet worden geïnterpreteerd met inachtneming van het doel dat de wetgever heeft beoogd (<sup>157</sup>)

46. Bij de interpretatie kan rekening worden gehouden met de uitvoering van de bepaling of met de administratieve praktijk. Ook uit de constante toepassing van een bepaling kunnen de bedoelingen van de steller van de tekst worden afgeleid (<sup>158</sup>). Mede de gebruiken in een bepaalde openbare dienst leiden ertoe een voorschrift in een welbepaalde zin te begrijpen (<sup>159</sup>). Door sinds haar oprichting op haar personeel een regeling toe te passen, heeft de overheid die regeling stilzwijgend maar stellig tot de hare gemaakt (<sup>160</sup>). Bij gemis van een tekst die met zoveel woorden afwijkt van de gebruikelijke regelen inzake werkwijze van een examencommissie, moet aangenomen worden dat de verordenende overheid naar die regels heeft verwezen (<sup>161</sup>).

Bij twijfel over de handelwijze van de overheid, moet zij worden geacht die handelwijze te hebben gevolgd die wettig is (<sup>162</sup>) en behoudens duidelijk tegenbewijs mag de administratie worden geacht beslissingen correct uit te voeren (<sup>163</sup>). Men mag een ambtenaar niet de bedoeling toeschrijven de wet te willen omzeilen (<sup>164</sup>). Wat degene die de rechtshandeling heeft verricht, werkelijk in rechte heeft gedaan, is belangrijker dan wat hij zegt of denkt te hebben gedaan (<sup>165</sup>). De toepassing van

---

<sup>156</sup> R.v.St. nr. 18.336, LECOMTE, 22 juni 1977 ; R.v.St. nr. 23.711, LECOMTE, 24 november 1983.

<sup>157</sup> R.v.St. nr. 14.000, BURGEMEESTER VAN DE GEMEENTE ELSENE en BLANJEAN, 5 maart 1970.

<sup>158</sup> R.v.St. nr. 15.984, GEMEENTE SCHAARBEEK, 20 juli 1973.

<sup>159</sup> R.v.St. nr. 1.887, BAY, 17 oktober 1952.

<sup>160</sup> R.v.St. nr. 11.253, C.O.O. ANDERLECHT, 21 mei 1965.

<sup>161</sup> R.v.St. nr. 11.507, HENROT, 18 november 1965.

<sup>162</sup> R.v.St. nr. 31.299, TIMMERMANS, 8 november 1988.

<sup>163</sup> R.v.St. nr. 51.081, DE WIT, 10 januari 1995.

<sup>164</sup> R.v.St. nr. 18.298, LEMYE, 3 juni 1977.

<sup>165</sup> R.v.St. nr. 14.218, BECK en cons., 2 juli 1970.

die regel heeft uiteraard geen bestaansgrond wanneer geen betwisting mogelijk is.

Doch het is uiteraard niet omdat een tekst door het bestuur steeds op één bepaalde wijze wordt geïnterpreteerd dat die interpretatie niet als onjuist kan worden afgewezen in een rechterlijke uitspraak <sup>(166)</sup>.

47. Enige interpretatieregelen of regelen van uitlegkunde uit de rechtspraak van de Raad van State gegrepen <sup>(167)</sup>:

- hoewel het niet aan de Raad van State is om de grondwettelijkheid van wetten na te gaan, kan hij, wanneer de wet voor verschillende interpretaties vatbaar is, toch kiezen voor de interpretatie die voor het minst vragen in verband met de rechtsgeldigheid zal zorgen <sup>(168)</sup> ; de Raad van State is er immers toe bevoegd de juiste draagwijdte van de wet vast te stellen. Kan hij niet oordelen of een wet waarin de rechtsgrond voor een uitvoeringsbesluit wordt gezocht, in overeenstemming is met de Grondwet, dan kan hij wel oordelen of die wet rechtsgrond verschaft voor het uitvoeringsbesluit <sup>(169)</sup>. Wanneer de Raad van State een door een partij vooropgestelde interpretatie afwijst, vermogt hij te oordelen dat er geen reden is om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen over de conformiteit van de aldus geïnterpreteerde wet met de aangewezen bepalingen uit de Grondwet <sup>(170)</sup>.

---

<sup>166</sup> R.v.St. nr. 29.117, DAVID, 12 januari 1988.

<sup>167</sup> Die interpretatieregelen hebben evenwel geen absolute waarde : een onbetwistbaar geldende hiërarchie van interpretatieregelen bestaat niet, zie o.m. D. MAREEN, *Het wetsbegrip voor de Raad van State*, o.c., 167-215.

<sup>168</sup> R.v.St. nr. 44.932, CAMMERMAN, 16 november 1993. Bij een keuze tussen een Grondwetsconforme interpretatie en een interpretatie die dat niet is, is het de Grondwettigheid die de keuze oriënteert (R.v.St. nr. 69.752, TWIJNSTRA GUDDE MANAGEMENT CONSULTANTS, 25 november 1997 ; R.v.St. nr. 70.402, N.V. ONDERNEMINGEN JAN DE NUL EN CONS., 17 december 1997).

<sup>169</sup> R.v.St. nr. 34.237, V.Z.W. ORGANISATIE TRADITIONEEL ONDERWIJS, 27 februari 1990.

<sup>170</sup> R.v.St. nr. 48.528, CAMMERMAN, 12 juli 1994.



Indien een rechtshandeling voor tweeërlei zin vatbaar is, moet men haar veeleer opvatten in de zin waarin ze wettig is, m.a.w. in de zin waarin ze enig gevolg kan hebben, dan in de zin waarin ze onwettig is <sup>(171)</sup> <sup>(172)</sup>. M.a.w. wanneer een rechtsregel voor twee interpretaties vatbaar is - één die de regel binnen de grenzen van de wettigheid houdt en een ander die de regel onwettig maakt - heeft het beginsel, de uitlegging van een rechtshandeling zo mogelijk een nuttig effect te geven, tot gevolg dat de voorkeur moet gegeven worden aan de interpretatie die de regel wettig maakt, dat wil zeggen hem een nuttig effect geeft binnen de grenzen van de wettigheid <sup>(173)</sup>.

Het doel van de regel in acht genomen, dient naar het grootste nuttig effect te worden gezocht <sup>(174)</sup>. Doch deze interpretatieregels moet wijken wanneer vaststaat dat de reglementerende overheid daaraan een andere betekenis heeft willen geven <sup>(175)</sup>.

In de mate dat het de Raad van State toekomt te oordelen of een verordening tot een volstrekt met elke redelijkheid strijdende toepassing aanleiding zal geven, moet aangemerkt worden dat het vermoeden van regelmatigheid dat met een overheidshandeling verbonden is, meebrengt dat, als die handeling voor meerdere interpretaties vatbaar is, de voorkeur

---

<sup>171</sup> R.v.St. nr. 10.614, COLLARD, 13 mei 1964 ; R.v.St. nr. 15.537, BELLEMANS-ROOBAERT, 30 oktober 1972 ; R.v.St. nr. 26.359, VANVINKENROYE, 15 april 1986 ; R.v.St. nr. 29.514, SCHOUTTEET, 8 maart 1988 ; R.v.St. nr. 34.237, V.Z.W. ORGANISATIE TRADITIONEEL ONDERWIJS en BUGGENHOUT EN VANDERSTRAETEN, 27 februari 1990 ; R.v.St. nr. 44.415, WILLOCX, 12 oktober 1993 ; R.v.St. nr. 79.357, COMMUNE D'AUDERGHEM ET CONS., 19 maart 1999.

<sup>172</sup> Het arrest SCHELFOUT oordeelt dat met betrekking tot een diploma de specialisatie verschilt van de benaming en de specialisatie aanwijzen betekent die aanwijzing doen op grond van de inhoud, niet op grond van de naam. De term "bestuurswetenschappers" moet worden geacht in de inhoudelijke en niet in de zuiver formele zin te zijn gebruikt, overeenkomstig het personeelsstatuut (R.v.St. nr. 33.288, SCHELFOUT, 24 oktober 1989).

<sup>173</sup> R.v.St. nr. 16.943, CRAEN, 25 maart 1975 ; R.v.St. nr. 28.181, VAN DEN HAUTE, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 34.793, ORDE DER ARCHITECTEN, 24 april 1990 ; R.v.St. nr. 46.910, DE ORDE VAN ARCHITECTEN, 19 april 1994.

<sup>174</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>175</sup> R.v.St. nr. 12.246, LAUWERS, 28 februari 1967.

moet gegeven worden aan volgens welke zij niet kennelijk onredelijk is (<sup>176</sup>).

- bij gebrek aan geldige en dienstige extrinsieke interpretatiegegevens is de teleologische methode aangewezen (<sup>177</sup>) ; ook dringt een interpretatie naar de geest zich slechts op wanneer de letterlijke interpretatie niet zou toelaten het doel van de regel te bereiken (<sup>178</sup>).

- volgens een algemeen interpretatiebeginsel heeft een specifieke regeling voorrang op een algemene (<sup>179</sup>) ;

- enuntiatieve opsommingen worden in normatieve bepalingen gegeven om de interpretatie van een tekst te vergemakkelijken (<sup>180</sup>).

- om restrictief te interpreteren, moet daar een deugdelijke reden voor aanwezig zijn, zo bijvoorbeeld indien door een wet de normale toepassing van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst aan banden wordt gelegd (<sup>181</sup>) of indien het bepalingen betreft met terugwerkende kracht (<sup>182</sup>), of bij een grondwettelijke bevoegdheidstoekenning aan de formele wetgever : hetgeen die formele wetgever aan het uitvoerend orgaan heeft overgelaten, moet strikter worden uitgelegd dan in aangelegenheden die de Grondwet niet uitsluitend voor de formele wetgever heeft weggelegd (<sup>183</sup>) (<sup>184</sup>). Een

---

<sup>176</sup> R.v.St. nr. 33.862, P.V.B.A. REMO, 23 januari 1990.

<sup>177</sup> R.v.St. nr. 12.990, VAN DE KERKHOVE en JANSSENS, 29 mei 1968.

<sup>178</sup> R.v.St. nrs. 28.447 en 28.448, JACQUART, 15 september 1987.

<sup>179</sup> R.v.St. nr. 26.130, EEMANS, 4 februari 1986.

<sup>180</sup> R.v.St. nr. 20.838, V.Z.W. ONDERWIJSINRICHTINGEN VAN DE VOORZIENIGHEID, 23 december 1980.

<sup>181</sup> R.v.St. nr. 37.816, MOUSSET, 7 oktober 1991.

<sup>182</sup> R.v.St. nr. 2.016, LEFILS, 5 december 1952.

<sup>183</sup> R.v.St. nr. 34.237, V.Z.W. ORGANISATIE TRADITIONEEL ONDERWIJS "O.T.O.", 27 februari 1990.

<sup>184</sup> De bepalingen waarbij aan de Koning een macht wordt verleend die in beginsel bij de wetgever berust, moeten strikt worden geïnterpreteerd (R.v.St. nr. 7.806, A.S.B.L. ASSOCIATION DES CAISSES D'ALLOCATIONS FAMILIALES en cons., 13 april 1960).

delegatiebesluit <sup>(185)</sup>, een bevoegdheidsoverdracht <sup>(186)</sup>, moeten in beginsel in strikte zin worden uitgelegd <sup>(187)</sup>. Hetzelfde geldt voor onverenigbaarheden <sup>(188)</sup>, voor overgangsbepalingen <sup>(189)</sup> omdat deze afwijken van een nieuwe en dus beter geachte regeling, voor wettelijke bepalingen die afbreuk doen aan een verkregen toestand <sup>(190)</sup>, voor uitzonderingsprocedures <sup>(191)</sup> of uitzonderingsbepalingen <sup>(192)</sup> <sup>(193)</sup> (uitzonderingen op een beginsel moeten bij twijfel in het voordeel van het beginsel uitvallen), voor bepalingen die afwijken (bijvoorbeeld bepalingen die als een afzonderlijk lid zijn geredigeerd <sup>(194)</sup> <sup>(195)</sup>, of bepalingen die afwijken van de gewone regeling <sup>(196)</sup>, of bepalingen die afwijken van de lijn van de algemene strekking van de wet <sup>(197)</sup> of van een regel van openbare orde <sup>(198)</sup>).

---

<sup>185</sup> Krachtens de Grondwet behoort de macht om het statuut vast te stellen aan de Koning. De door een koninklijk besluit aan de minister overgedragen bevoegdheid is van strikte interpretatie (R.v.St. nr. 16.508, ZIMMER en cons., 27 juni 1974).

<sup>186</sup> R.v.St. nr. 25.024, DUBOIS, 6 februari 1985.

<sup>187</sup> R.v.St. nr. 19.410, GUTMACHER, 2 februari 1979.

<sup>188</sup> R.v.St. nr. 27.081, DE DONCKER, 29 oktober 1986.

<sup>189</sup> R.v.St. nr. 17.987, OSTYN, 8 december 1976.

<sup>190</sup> R.v.St. nr. 23.256, BODDEN, 16 mei 1983.

<sup>191</sup> R.v.St. nr. 12.614, BELGISCHE STAAT t/WILPUTTE, 20 oktober 1967.

<sup>192</sup> R.v.St. nr. 23.282, GEMEENTE SINT-GENESIUS-RODE, 24 mei 1983.

<sup>193</sup> De regel volgens welke de uitzonderingsmaatregelen die afwijken van het gemeen recht beperkend moeten worden uitgelegd is een beginsel dat geldt inzake uitlegging van de wetten en verordeningen en niet een algemeen beginsel dat de gelding heeft van een rechtsregel en dat een beperking kan leggen op 's Konings bevoegdheid om bij wege van een algemene bepaling een vroegere verordening te wijzigen (R.v.St. nr. 21.888, HENRY, 13 januari 1982).

<sup>194</sup> R.v.St. nr. 16.897, VANDEN EYCKEN, 21 februari 1975.

<sup>195</sup> Toch bij twijfel over de juiste strekking van de bepaling (R.v.St. nr. 25.488, P.V.B.A. METROPOLE TAXI en cons., 18 juni 1985).

<sup>196</sup> R.v.St. nr. 12.961, DUPONT, 16 mei 1968.

<sup>197</sup> R.v.St. nr. 13.984, MOERMAN, 13 januari 1970.

<sup>198</sup> R.v.St. nr. 34.022, PRIJS, 9 februari 1990.

- overeenkomstig de in artikel 1162 van het Burgerlijk Wetboek uitgedrukte regel van uitlegkunde, zal de rechter slecht geredigeerde teksten in het nadeel van de steller van het reglement kunnen uitleggen en de op een onjuiste interpretatie gebaseerde toepassingen ervan afwijzen <sup>(199)</sup>

- de juiste interpretatie van een regelgevende tekst staat vast zodra de tekst tot stand is gekomen, ongeacht of over die interpretatie reeds een rechterlijke uitspraak bestaat. Met andere woorden hangt de geldigheid van de interpretatie van een regel niet af van de omstandigheid dat die interpretatie al dan niet in een arrest wordt gehuldigd. Indien een tekst door het bestuur steeds op één bepaalde wijze wordt geïnterpreteerd en die interpretatie als onjuist wordt afgewezen in een rechterlijke uitspraak, kan een rechtzoekende die, voordat die uitspraak er was, een geding heeft ingesteld gesteund op de interpretatie van het bestuur, zich niet beroepen op het feit dat hij bij het inleiden van zijn geding nog geen weet had van de eerste rechterlijke uitspraak terzake om aan te voeren dat hij, procedureel te laat dan, door de kennisname van de uitspraak wel weet hoe de tekst moet geïnterpreteerd worden <sup>(200)</sup>.

48. Het beginsel van de gelijke toepassing van de wet heeft betrekking op de toepassing van de wet, niet op de overtreding ervan. Gevallen van overtreding van de wet maken van de juiste toepassing van de wet geen overtreding ; de zelfs

---

<sup>199</sup> R.v.St. nr. 30.876, DE LEENER en BALLON, 27 september 1988.

<sup>200</sup> Vandaar dat in het arrest DAVID door de Raad van State wordt gesteld dat men zich reeds kan beroepen op een interpretatie van reeds bestaande rechtsregels die in een arrest van de Raad van State wordt toegepast, nog voor dat arrest uitgesproken is (R.v.St. nr. 29.117, DAVID, 12 januari 1988). In de zaak DAVID voert verzoeker pas ter terechtzitting een nieuw middel aan. Het excuus dat hij dat zo laat doet, zoekt verzoeker hierin dat hij na het indienen van de laatste memorie, kennis kreeg van een arrest dat voor het eerst over de door hem aangeklaagde onwettigheid uitspraak doet. De Raad van State antwoordt hierop dat verzoekers excuus geen geldig excuus is omdat een arrest van de Raad van State geen wet is in de materiële zin van het woord. Men kan zich op de in een wet vervatte nieuwe rechtsregels uiteraard maar beroepen nadat de wet is bekendgemaakt, op zijn vroegst nadat de wet tot stand is gekomen. Maar op een interpretatie van de rechtsregels kan men zich beroepen ook voordat de rechter zijn interpretatie daarvan heeft gegeven.

herhaalde overtreding van de wet kan niet dienen om een met de wet strijdige interpretatie burgerrecht te geven <sup>(201)</sup>.

49. - een interpretatievraag is of de jaren anciënniteit nodig voor bevordering moeten worden gerekend vanaf de indiensttreding <sup>(202)</sup> of vanaf de benoeming indien de statutaire tekst niets bepaalt ;

- stelt het statuut dat een ambtenaar in het bezit van een A2-diploma een diplomatoeslag verwerft, dan worden de verordenende teksten geïnterpreteerd om te bepalen welk diploma het niveau A2 heeft ;

- luidt de diplomavereiste : universitair of daarmee *gelijkgesteld* dan behelst het een interpretatievraag, uit te maken welke diploma's gelijkgesteld zijn.

## ***AFDELING 2. Appreciëren***

50. Appreciëren is ethymologisch afgeleid van het Latijnse woord "pretium", prijs, waarde : aan een bepaald feit een bepaalde waarde toekennen. Dit laat duidelijk uitschijnen hoe "appreciëren" aan de vaststelling der feiten vreemd is. De overheid kan niet soeverein feiten vaststellen, maar slechts behoorlijk vastgestelde feiten soeverein appreciëren in functie van de gevolgen die zij er uit wenst te trekken <sup>(203)</sup>.

Appreciëren houdt in dat degene die apprecieert binnen bepaalde grenzen over een zekere vrijheid beschikt om een beslissing te nemen <sup>(204)</sup>. Het is de beoordeling van de vraag of ten gevolge van een bepaald feit of een bepaald complex van feiten, een ander feit moet plaatsgrijpen. Appreciëren is dus

---

<sup>201</sup> R.v.St. nr. 18.398, VAN DAELE, 18.7.1977.

<sup>202</sup> Als stagiair, als tijdelijke, als contractueel.

<sup>203</sup> J. BORRET, "De Raad van State en de pachtprijsbeperking", *T.B.P.*, 1958, 382-383.

<sup>204</sup> R.v.St. nr. 27.629, GOOSSSENS, 10 maart 1987, *T.Gem.*, 1988, 112 ; R.v.St. nr. 30.496, BOEN, 28 juni 1988, *R.W.* 89-90, 259, noot W. LAMBRECHTS.

een verband leggen tussen verschillende feiten of reeksen van feiten. *Appreciatie kan tot verschillende maar even wettige beslissingen leiden*, onder het enige voorbehoud dat de keuze niet kennelijk onredelijk is ; het situeert zich dus op het terrein van de opportuniteit <sup>(205)</sup>.

51. Wat de controle door de rechter op de juridische juistheid der motieven betreft, kunnen zich interpretatieproblemen voordoen wat te onderscheiden is van het appreciëren. Bij appreciatiebevoegdheid van de overheid is de rechter door de overheidskeuze gebonden op voorwaarde dat ze niet kennelijk onredelijk is.

52. - ter appreciatie van de overheid is de vraag, waarmee zij het meest rekening zal houden bij haar keuze : met het aantal jaren anciënniteit of met het diploma

- indien bepaald wordt dat een diplomabijslag wordt toegekend aan wie over een diploma beschikt, dienstig voor de uitoefening van het ambt, rijst een appreciatieprobleem bij ontstentenis van regelgevende teksten die bepalen welke diploma's als dienstig kunnen worden beschouwd

- wordt als diplomavereiste gesteld : een universitair of daarmee gelijkwaardig diploma bezitten, dan rijst een appreciatievraag indien geen regelgevende tekst de omstandigheden omschrijft waarin een diploma als gelijkwaardig wordt aangemerkt.

---

<sup>205</sup> Uittreksel uit het verslag van het Auditoraat bij R.v.St. nr. 20.838, V.Z.W. ONDERWIJSINRICHTINGEN VAN DE VOORZIENIGHEID, 23 december 1980, T.B.P., 1981, 492-501.

## HOOFDSTUK 4. DE SOORTEN WEIGERINGSBESLISSINGEN

### *AFDELING 1. Omschrijving van de weigeringsbeslissing*

53. De *weigeringsbeslissing* waarover dit werk handelt, is de beslissing waarbij de overheid weigert aan iemand die daar recht of rechtmatige aanspraken op heeft, een voordeel toe te kennen. Het voordeel waar dit werk zich op toespitst, betreft een gunstige wijziging van de rechtstoestand zoals een beslissing houdende aanstelling, toelating tot de stage, benoeming, bevordering, mutatie ; het betreft dus weigeringsbeslissingen in het ambtenarencontentieux. Bij de annulatieberoepen voor de Raad van State nemen de ambtenarenzaken een zeer belangrijke plaats in (<sup>206</sup>), maar de redenering die ten aanzien van dit contentieux geldt, kan, daar werd in de inleiding naar verwezen, op dezelfde wijze worden toegepast op bijvoorbeeld de weigering tot toekenning van een overheidsopdracht (<sup>207</sup>).

---

<sup>206</sup> I. OPDEBEEK, (*Rechtsbescherming...*, o.c., 264, nr. 512) verwijst terzake naar de cijfers van J. VANDE LANOTTE, met name 48,5 % ambtenarenzaken van de tussen 1 januari 1987 en 31 augustus 1988 ingediende verzoekschriften. Volgens M. LEROY (*Contentieux administratif*, Bruylant, Brussel, 1996 (hier wordt naar de vorige uitgave verwezen), 157-158) vertegenwoordigen de ambtenarenzaken constant 40 tot 50 % van de aan de Raad van State voorgelegde zaken en ironisch besluit hij "Bref, le Conseil d'Etat consacre une bonne partie de son activité à faire office de tribunal de travail pour fonctionnaires." Zie ook recenter nog I. OPDEBEEK : "Van het totale aantal arresten dat de Raad van State jaarlijks velt, heeft een belangrijk deel betrekking op de benoemingen en de bevorderingen van ambtenaren. Dit hoeft geen verwondering te wekken. De beleidsvrijheid waarover de overheid beschikt bij benoemingen en bevorderingen naar keuze en de controle hierop van de Raad van State is zowel vanuit kwantitatief, als kwalitatief oogpunt een belangrijk probleem. Vanuit kwantitatief oogpunt, omdat ongeveer 900.000 mensen in overheidsdienst werken die kunnen geconfronteerd worden met benoemingen en bevorderingen naar keuze (...)", in I. OPDEBEEK (ed.), "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", in *Benoeemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 1997, 56.

<sup>207</sup> « Des cas simulaires peuvent se présenter en matière de marchés publics. A la suite de l'annulation de la désignation d'un adjudicataire ou d'un soumissionnaire, l'autorité administrative, maître de l'ouvrage, n'est pas tenue de réattribuer le marché ; elle peut « soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure au besoin suivant un autre mode » (R. ERGEC, « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *Adm. Publ. (T)*, 1993, 17).

54. Een weigeringsbeslissing kan *expliciet of impliciet* zijn.

Om expliciet te zijn, moet het bestuur er formeel blijk van hebben gegeven dat het weigert <sup>(208)</sup>. Indien er een vraag is om een bevorderingsbeslissing te nemen, dan is de brief met het antwoord dat betrokkene niet kan worden bevorderd een expliciete weigeringsbeslissing <sup>(209)</sup>. Een expliciete weigering treedt derhalve naar voren door een ondubbelzinnige blijk om een bepaalde beslissing niet te willen treffen.

Om impliciet te zijn, moet de weigeringsbeslissing blijken uit een andere beslissing <sup>(210)</sup>, uit de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden <sup>(211)</sup> of moet zij blijken uit het vervuld zijn van wettelijke voorwaarden waaruit een weigeringsbeslissing blijkt <sup>(212)</sup>. Op te merken valt dat de weigeringsbeslissing die blijkt

---

<sup>208</sup> R.v.St. nr. 69.922, JANSSEN, 2 december 1997. „Die formele blijk tot weigering kan blijken, hetzij doordat het bestuur weigert genoegdoening te geven aan een van een belanghebbende uitgaande vraag om het reglement om reden van zijn onwettigheid op te heffen of aan te passen, hetzij doordat het bestuur op eigen initiatief de wettigheid van het bestaande reglement onderzoekt en tot het besluit komt dat de voorwaarden die hem ertoe verplichten het reglement op te heffen of aan te passen niet vervuld zijn ; dat in dit geval de bestreden beslissing niet het antwoord vormt op een vraag van verzoeker om de op de gemeenteraad rustende verplichting te honoreren ; dat zij, naar blijkt uit het administratief dossier, ook niet het resultaat is van een op eigen initiatief van de gemeenteraad gevoerd onderzoek naar de wettigheid van het bestaande reglement (...)”.

<sup>209</sup> R.v.St. nr. 71.998, VAN HULLE, 24 februari 1998.

<sup>210</sup> R.v.St. nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999 ; R.v.St. nr. 107.562, VERMOTE, 10 juni 2002 : Waar de verzoeker in de beslissing houdende zijn afdanking de weigering had gezien hem te benoemen, stelt de Raad van State dat geen dergelijke beslissing in het dossier wordt gevonden, dat verzoeker evenmin doelt op een impliciete weigeringsbeslissing aangezien een impliciete weigeringsbeslissing – omdat zij impliciet is – moet blijken uit een andere beslissing en verzoeker die beslissing niet aanduidt. In het arrest OOGHE wordt geoordeeld : “dat verzoeker de Raad niet vraagt samen met de uitdrukkelijke beslissing waarin zij besloten is een impliciete weigering te vernietigen, dat hij de vernietiging van die uitdrukkelijke beslissing niet vordert, enkel de vernietiging van de erin besloten impliciete weigering ; dat met de bestreden beslissing hij uitdrukkelijk als docent is gerangschikt en dat wat hem daarin dwars zit, is dat aldus impliciet is beslist dat hij niet als hoofddocent is gerangschikt” (R.v.St. nr. 80.050, OOGHE, 4 mei 1999).

<sup>211</sup> Zie voetnoot 221.

<sup>212</sup> “Zo kan de wetgever bepalen dat, indien het bestuur binnen een bepaalde termijn geen beslissing neemt over het verzoek van een burger of



uit een andere beslissing (eerste hypothese) een impliciete maar toch *formele* blijkt tot weigering is. Indien de weigeringsbeslissing blijkt uit het vervuld zijn van wettelijke voorwaarden of het voorhanden zijn van een bepaalde omstandigheid (tweede en derde hypothese), is dit een impliciete *niet-formele* blijkt tot weigering.

55. Wat het benoemingscontentieux betreft : indien twee of meer kandidaten een benoeming tot een zelfde betrekking nastreven, kan elke voorbijgegangene kandidaat de benoeming van de concurrent <sup>(213)</sup> beschouwen als doende blijken van een te zijnen opzichte impliciet genomen negatieve beslissing, meer bepaald de impliciete weigering hem te benoemen. In die hypothese – anders dan in die waarin er maar één kandidaat is of waarbij er geen concurrentie is <sup>(214)</sup> – staat de weigering te benoemen enkel vast wanneer de beslissing om de benoeming aan een ander kandidaat te geven, genomen en vrijgegeven is. Aldus kan die weigering om te benoemen, ook al is ze inhoudelijk van de benoeming zelf onderscheiden, maar worden geacht te bestaan ingeval de benoeming gebeurd is omdat die de enige definitieve, uitdrukkelijke en juridisch werkzame uiting van het willen van de overheid is waarin de impliciete weigering te benoemen verborgen is.

Dit geldt zowel indien de overheid, op grond van een geschiktheidsoordeel, de benoeming aan de voorbijgegangene kandidaat onthouden heeft (bij discretionaire bevoegdheid), als indien ze die kandidaat bewust opzij geschoven heeft op grond van de opvatting dat die kandidaat in rechte niet voor

---

van een ander bestuur, dit verzoek moet worden geacht te zijn geweigerd (...)” (I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 447, nr. 869). Indien het bestuur niet antwoordt (op een willig beroep) neemt het geen weigeringsbeslissing die door de Raad van State kan vernietigd worden (R.v.St. nr. 95.354, BILTEREYS, 14 mei 2001).

<sup>213</sup> Het kan ook het voorstel tot mutatie of/en de verandering van graad zijn waaruit de weigeringsbeslissing blijkt (R.v.St. nr. 77.617, VANBRABANT, 14 december 1998, zie dictum.)

<sup>214</sup> Zoals bijvoorbeeld voor bevorderingen in een vlakke loopbaan.

benoeming in aanmerking kon komen <sup>(215)</sup>, bijvoorbeeld op grond van een rangschikking (in dat geval bij gebonden bevoegdheid).

Er is dus zekerheid betreffende het bestaan van een weigeringsbeslissing <sup>(216)</sup>, indien het voordeel waarom een belanghebbende heeft verzocht, aan een ander werd toegewezen : de besluiten tot benoeming van anderen houden derhalve de *impliciete weigeringsbeslissing* in om één van de andere kandidaten of de andere kandidaat te benoemen <sup>(217)</sup>.

Een weigeringsbeslissing komt bij *gebonden bevoegdheid* voor telkens de overheid aan iemands uit de regelgeving blijkende aanspraken voorbijgaat (formele blijk tot weigering).

Een weigeringsbeslissing komt bij *discretionaire bevoegdheid* voor telkens de overheid op grond van haar vrij appreciatierecht oordeelt :

- niet te moeten optreden (al <sup>(218)</sup> dan niet <sup>(219)</sup> <sup>(220)</sup> formele blijk tot weigering) ;

---

<sup>215</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 5.1. De termen van dit arrest komen als de best mogelijke verwoording voor.

<sup>216</sup> Ook al is er geen verplichting om te beslissen en al is die beslissing niet uitdrukkelijk onder woorden gebracht.

<sup>217</sup> R.v.St. nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999 : „(...) door verzoeker niet samen met zijn collega's met ingang van een bepaalde datum te bevorderen, heeft de overheid een, zij het *impliciete*, beslissing genomen. Het feit dat verzoeker met ingang van een latere datum werd benoemd, houdt de bevestiging van die weigering te benoemen in”.

<sup>218</sup> Is een formele blijk tot weigering (maar niet aanvechtbaar), de aan de bezwaarindiener medegedeelde weigeringsbeslissing van de toezichthoudende overheid om gebruik te maken van haar bevoegdheid in een niet-georganiseerd beroep (R.v.St. nr. 20.351, DEL MARMOL, 22 mei 1980 ; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, Raad van State, *Ontvankelijkheid*, o.c., 65 nr. 57).

<sup>219</sup> De weigering om te antwoorden is niet aanvechtbaar indien de overheid niet verplicht is om te antwoorden, zie R.v.St. nr. 32.999, SANTKIN, 13 september 1989 ; J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, o.c., 67, nr. 57, vn. 344. Daar wordt wel gewezen op de bepalingen aangaande de passieve openbaarheid in de wet van 11 april 1994. Deze wet betreffende de openbaarheid van bestuur is gelinkt aan artikel 14, § 3, van de R.v.St.-wet. Immers bepaalt deze paragraaf 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dat speciale regelingen een andere termijn kunnen vaststellen dan de vier maanden wachttermijn van dat artikel 14 § 3, vooraleer zekerheid bestaat over het tot stand zijn gekomen van een fictieve weigeringsbeslissing. Dergelijke regeling is bijvoorbeeld ingesteld door de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur. Omwille van het belang van die wet voor verzoekers in spe die bijvoorbeeld aanstellingen van concurrenten op het spoor willen komen, een zeer beknopte beschrijving

- te moeten weigeren (formele blijk) ;
- dat een begunstigende beschikking moet worden genomen ten voordele van een bepaald persoon, desgevallend in de omstandigheid dat dit ten nadele van een ander of van andere personen gebeurt (formele blijk).

56. Meer algemeen kan een impliciete weigeringsbeslissing aan een overheid worden toegerekend indien gegevens voorhanden zijn waaruit in redelijkheid met praktische zekerheid kan worden afgeleid dat, ondanks de ontstentenis van een uitdrukkelijke wilsuiting, de wil van de overheid om in een bepaalde zin te beslissen en het feit dat ze dat ook, het weze dan stilzwijgend, heeft gedaan, in die gegevens besloten ligt

---

van het procédé : voor de toepassing van die wet is een bestuursdocument "alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt" (art. 1, § 2, 2°). Art. 4 bepaalt onder meer dat "eenieder (...) van elk bestuursdocument mededeling in afschrift kan ontvangen". De daartoe gerichte schriftelijke aanvraag kan worden afgewezen binnen de 30 dagen na de aanvraag, de afwijzingsgronden zijn limitatief in de wet opgesomd (art. 6). Een verzoek tot heroverweging is mogelijk bij de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten. Deze adviseert de verzoeker en de overheid binnen de 30 dagen na ontvangst van het verzoek. De overheid brengt binnen 15 dagen na ontvangst van het advies of na verloop van de termijn waarbinnen kennis moest worden gegeven van het advies, haar beslissing tot inwilliging of afwijzing van het heroverwegingsverzoek ter kennis van de verzoeker. Bij ontstentenis van kennisgeving binnen die termijnen, wordt de overheid geacht een beslissing tot afwijzing te hebben genomen waartegen beroep kan worden ingesteld bij de Raad van State. De rechter kan de redenen die de overheid aanvoert, op hun rechtmatigheid toetsen nu artikel 4 van de wet een recht op raadpleging instelt. De Raad van State oordeelt in het arrest LOEF CLAEYS VERBEKE dat niet blijkt dat de termijn die de overheid heeft om te beslissen over een verzoek tot inzage en/of het bekomen van een afschrift, een vervaltermijn is. De overheid kan na die termijn nog een uitdrukkelijke afwijzende beslissing nemen, die geen louter bevestigende beslissing is van de impliciet afwijzende beslissing. Deze laatste is het wettelijk gevolg van het gebrek aan kennisgeving binnen de vooropgestelde termijn. Bij nietigverklaring van de expliciete afwijzende beslissing kan de eerdere impliciet afwijzende beslissing niet herleven omdat de uitdrukkelijke beslissing in haar plaats is gekomen (R.v.St. nr. 107.951, LOEF CLAEYS VERBEKE van 18 juni 2002) ; zie L.M. VENY en J. DE MAERTELAERE, "De federale openbaarheidswet en de bestuurspraktijk", *C.D.P.K.*, 1998 1-21 ; voor provincies en gemeenten, zie L.M. VENY, en J. DE MAERTELAERE, "De openbaarheidscirkel is (bijna) rond : een wettelijke regeling nu ook voor provincies en gemeenten", *R.W.* 1997-98, 1033-1039 ; F. SCHRAM, *Openbaarheid van bestuur*, Brugge, Die Keure, 2003, XIII + 177 p.

<sup>220</sup> Toegespitst op benoemingen : de overheid kan de noodzaak te benoemen, indien ze niet tot benoemen verplicht is, erkennen en kenbaar maken door het inzetten van de benoemingsprocedure. De ontstentenis, na verloop van tijd, van enige benoeming doet de weigeringsbeslissing van de overheid om niet te benoemen blijken.

(<sup>221</sup>). Die wil kan er ook in bestaan dat een overheid een punt van de agenda afvoert (<sup>222</sup>). Waar wordt verwezen naar het aanwezig zijn van bepaalde omstandigheden wordt daarop gealludeerd.

---

<sup>221</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980 (overw. 4.1.). Zie bijvoorbeeld de gegevens van de zaak BERGMANS : de verzoeker is in april kandidaat voor een vacante betrekking. Hij krijgt tijdens de zomermaanden bericht dat hij nuttig gerangschikt is voor benoeming. De vacante betrekkingen worden in september toegewezen, bij de aanvang van het schooljaar. Ten laatste in december moet hij beroep instellen omdat de Raad van State nog kan aannemen dat verzoeker op zijn benoeming wacht tot uiterlijk oktober. Daardoor heeft de Raad van State niet aanvaard dat verzoeker gerechtigd was op het veel later vragen van inlichtingen ter zake aan het bestuur om dan na het antwoord daarop, de weigering van de overheid om hem te benoemen aan te vechten (R.v.St. nr. 18.903, BERGMANS, 18 april 1978). De gegevens van de zaak (benoemingen in het onderwijs moeten ingaan bij de aanvang van het schooljaar) laten niet toe te veronderstellen dat de overheid op dat moment geen beslissing heeft genomen. I. OPDEBEEK stelt dat deze rechtspraak moeilijkheden zal opleveren voor de rechtzoekende die zelf moet uitmaken hoe lang de beslissingstermijn is (*Het inactieve bestuur. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 34 ; -, *Rechtsbescherming...*, o.c., 258, nr. 500). Zie ook het arrest WESTYN : „(...) Overwegende dat, zelfs indien zou worden aangenomen dat de algemene regel van artikel 14, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet van toepassing is indien bijzondere gegevens eigen aan een bepaalde materie of een bepaalde zaak, op een andere wijze in redelijkheid tot het besluit leiden dat de redelijke beslissingstermijn die de overheid toekomt of moet worden toegemeten, een andere is dan die welke in dat artikel wordt bepaald, zodat de zekerheid dat een onthouding van het bestuur een impliciete weigering is, op een andere wijze kan worden verkregen, dan nog dient in de voorliggende zaak te worden vastgesteld dat er geen gegevens voorhanden blijken te zijn die het aannemelijk maken dat het uitblijven van een beslissing (...) over de aanvraag van verzoekster (...) dient te worden opgevat als een fictieve weigeringsbeslissing.” (R.v.St. nr. 68.238, WESTYN, 22 september 1997).

<sup>222</sup> “dat de redelijke zekerheid betreffende het bestaan van een impliciete beslissing, dit is betreffende de bedoeling van de overheid een verhoopte beslissing niet te nemen, in andere hypothesen evenwel sneller en gemakkelijker kan worden verkregen, meer bepaald op grond van de natuur van de zaak of op grond van de bijzondere omstandigheden ervan ; dat voor een negatieve impliciete beslissing daarom niet steeds vereist is dat de voorwaarden vermeld in artikel 14 § 3, R.v.St.-Wet verwezenlijkt zijn om tot het bestaan van een dergelijke negatieve impliciete beslissing te kunnen besluiten ; dat te dezen, na de brieven (...), de gemeenteraad (...) uitdrukkelijk heeft besloten om het agendapunt van de vaste benoeming van een kleuteronderwijzer van de agenda af te voeren ; dat er van een louter onthouden dan geen sprake is en dat verzoekende partij, in de concrete omstandigheden van de zaak, geen bijzondere aanmaning meer van node had om zekerheid te krijgen omtrent het bestaan van een negatieve beslissing;” (R.v.St. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003).

## ***AFDELING 2. De fictieve weigeringsbeslissing***

57. Ingeval de overheid oordeelt niet te moeten optreden terwijl zij moet optreden (*gebonden bevoegdheid in die zin dat er een verplichting is tot handelen*), kan een *fictieve weigeringsbeslissing* worden uitgelokt. Artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is geschreven voor het geval de overheid, hoewel daartoe verplicht, geen beslissing heeft genomen. Zelfs indien de overheid zich ervan onthoudt ook maar iets te zeggen of te doen <sup>(223)</sup>, kan de vereiste zekerheid om haar een impliciete negatieve beslissing te kunnen toerekenen, toch worden verkregen. De techniek van het uitlokken van een fictieve weigeringsbeslissing wordt verder meer in extenso behandeld in het raam van de uitvoering van een annulatiearrest dat over een weigeringsbeslissing uitspraak doet <sup>(224)</sup>.

58. Een dergelijke „*impliciet afwijzende beslissing*“, tot stand gekomen op grond van artikel 14, § 3, is dus niet de impliciete weigeringsbeslissing om te benoemen waarover dit werk handelt. De beslissing tot stand gebracht door artikel 14, § 3, is een rechtsfictie <sup>(225)</sup>: zij wordt geacht te bestaan door het loutere feit een bepaald wettelijk procédé gevolgd te hebben.

De impliciete weigeringsbeslissing te benoemen <sup>(226)</sup> waarover dit werk handelt is daarentegen geen rechtsfictie en bestaat daadwerkelijk en direct, vervat zijnd in een genomen benoemingsbeslissing.

---

<sup>223</sup> R.v.st. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003.

<sup>224</sup> Randnrs. 149-160.

<sup>225</sup> „*Bewust in strijd met de waarheid, in tegenstelling tot het vermoeden*“ (COUSY, H., *Beginnelsen van het recht*, ACCO, Leuven, 1983, 63).

<sup>226</sup> Telkens worden mede bedoeld : de weigering tijdelijk aan te stellen, de weigering te benoemen tot stagiair, de weigering te bevorderen, de weigering te muteren, zie voor begripsomschrijvingen Hoofdstuk 5, randnrs. 60-65.

De termen die worden aangewend voor beide rechtsfiguren verschillen : in dit werk wordt gehandeld over de impliciete weigeringsbeslissing, zijnde zowel de impliciete weigeringsbeslissing om te benoemen als de impliciete weigeringsbeslissing om de rechtsaanspraken van een niet-benoemde te erkennen. Dus, meer algemeen, betreft het de impliciete weigeringsbeslissing een handeling te treffen die blijkt uit een andere handeling of uit de ontstentenis van handelen.

De wetsconstructie van artikel 14, § 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt daarentegen in de regel met de volgende bewoordingen aangeduid : de fictieve weigeringsbeslissing of de impliciet afwijzende beslissing of de (stilzwijgende) afwijzende beslissing en blijkt zoals aangegeven alleen uit de ontstentenis van handelen <sup>(227)</sup>.

59. Een combinatie (een samen bestaan) van de impliciete weigeringsbeslissing en de impliciet afwijzende beslissing is niet mogelijk. De impliciete weigeringsbeslissing blijkt (direct) uit een andere beslissing of uit een omstandigheid, de impliciet afwijzende beslissing kan slechts uit de ontstentenis van een beslissing en vervolgens uit bepaalde wettelijk vastgestelde omstandigheden blijken.

Een combinatie van de (expliciete) weigeringsbeslissing en de impliciet afwijzende beslissing is al evenmin mogelijk. Als immers de overheid heeft geweigerd, moet haar niet meer gevraagd worden te beslissen over een al dan niet weigering.

Van een impliciete weigeringsbeslissing kan slechts sprake zijn indien er een overheidshandelen heeft plaatsgevonden, bij een impliciet afwijzende beslissing heeft er geen enkel overheidshandelen plaatsgevonden.

---

<sup>227</sup> G. DEBERSAQUES stelt, met I. OPDEBEEK, de term "afwijzende beslissing" te verkiezen (Knelpunten in de schorsingsprocedure voor de afdeling administratie. Een prima-facie-onderzoek van de primaire ontvankelijkheidsvoorwaarden van de vordering tot schorsing", in 50 jaar Raad van State, Die Keure, 1998, 58, nr. 18, vn. 91).

Een impliciete weigeringsbeslissing kan bestaan als er een beslissing moest worden genomen (gebonden bevoegdheid) maar ook als er geen beslissing moest worden genomen (discretionaire bevoegdheid). Een fictieve weigeringsbeslissing kan maar bestaan als er een beslissing moest worden genomen (gebonden bevoegdheid in die zin dat handelen vereist is).

## HOOFDSTUK 5. BEGRIPSOMSCHRIJVINGEN INZAKE BENOEMINGEN

60. Onder het begrip overheidsbenoeming <sup>(228)</sup> in de ruime zin kunnen in het ambtenarenrecht de volgende beslissingen worden verstaan : de beslissing houdende (tijdelijke) aanstelling, de beslissing houdende toelating tot de stage, de beslissing houdende benoeming, de beslissing houdende bevordering, en ten slotte de beslissing houdende mutatie.

VAN DALE omschrijft benoeming als "1. Het benoemen of benoemd worden, syn. aanstelling : benoeming in een ambt, tot burgemeester, tot ridder (...) ; 2. geschrift waarin een benoeming wordt gedaan, syn. aanstelling : zijn benoeming ontvangen hebben" <sup>(229)</sup>". Die omschrijving strookt, zoals uit

---

<sup>228</sup> De contractuelen vallen onder toepassing van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 66.563, JOYE en GEES, 4 juni 1997, *T.O.R.B.*, 1997-98, 124, noot J. BAERT, noot W. RAUWS, *T.B.P.*, 1997, 640, verslag R. VAN DER GUCHT). De statutaire rechtspositie staat in tegenstelling tot de contractuele, aangezien in beginsel van de inhoud van een contract, zelfs van een zogenaamd toetredingscontract, afgeweken kan worden. De reglementaire of verordenende aard van een statuut brengt mee dat in beginsel het statuut steeds eenzijdig kan gewijzigd worden, waar tegenover staat dat een contract, ook een toetredingscontract, niet eenzijdig gewijzigd kan worden. Het personeel van een openbare dienst bevindt zich in beginsel in een statutaire toestand. Dat vermoeden kan worden weerlegd door ondubbelzinnige elementen die bewijzen dat de partijen de wil hadden hun betrekkingen te plaatsen in een contractueel kader, (R.v.St. nr. 42.502, MOTTAR, 30 maart 1993, *J.T.T.*, 1994, 234, noot) ; Zie R. JANVIER en M. RIGAUX, *Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking, in Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, P. GEVERS (red.), Die Keure, 1987, 70-75 ; D. MAREEN, "Administratief en jurisdictioneel toezicht, Aanwervings-, benoemings- en bevorderingsregeling in het "oude" statuut", *Statuut plaatselijke en provinciale besturen*, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, z.p. ; P. CLOOS, *Het administratief statuut van het rijkspersoneel*, *Adm. Lexicon*, Brugge, Die Keure, 1990 ; J. VANDE LANOTTE, m.m.v. G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht, deel 2, Overzicht van het publiek recht*, Die Keure, 1994, 356-359, nrs. 757-762 ; R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, 1997, Mys § Breesch, *Statuut versus arbeidsovereenkomst*, 3-11, nrs. 10-21 en de aldaar geciteerde rechtsleer en rechtspraak ; P. BERCKX i.s.m. W. APPELS, F. FRANCEUS en M. VAN SANDE, *Statutenzakboekje overheidspersoneel 2003*, Mechelen, Kluwer, 2003, 873 pp. 32-36 ; wat de benoeming tot ambtenaar betreft, 126 ; S. BOVY, L. HUBERTS, R. JANVIER, I. OPDEBEEK, H. VAN DEN HEUVEL, *Deontologie in de publieke sector : een krachtdadig managementinstrument ? Naar een positieve invulling van de deontologische code voor lokale ambtenaren*, Brugge, Die Keure, 2002, 159 p. (inz. blzn. 67-71) ; voor het begrip ambtenaar, zie blz. 67.

<sup>229</sup> VAN DALE, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*, Dertiende, herziene uitgave, 1999, 350.



onze begripsafbakening blijkt, niet met wat in dit werk onder dat begrip wordt verstaan.

De hier bedoelde benoemingsbeslissing is, algemeen, het formeel besluit waarbij de begunstigde op eenzijdige wijze wordt aangewezen om een functie uit te oefenen in dienst van de overheid. De betrokkene is een (statutair) ambtenaar <sup>(230)</sup> in tegenstelling tot het contractueel personeelslid dat door een meerzijdige overeenkomst -met instemming van beide partijen- met de overheid verbonden is <sup>(231)</sup>. De ambtenaar valt onder toepassing van statutaire regelen.

De benoeming is dus hier te begrijpen in de zopas gespecificeerde betekenis en niet in andere betekenissen ; zo wordt niet bedoeld de benoeming van een burgemeester <sup>(232)</sup> die in bepaalde gevallen wordt gelijkgesteld met een bij verkiezing verleend openbaar mandaat <sup>(233)</sup>, wordt er niet gehandeld over de benoeming van personen die bevoegd zijn een vennootschap te

---

<sup>230</sup> Of een magistraat (bijvoorbeeld Cass., Verenigde Kamers, nr. 8.130, 29 oktober 1987) ; zie hierover tevens E. BREWAEYS, "De rechter voor de rechter. Een overzicht van de rechtspraak van de Raad van State inzake benoemingen in de rechterlijke orde (1990-1995)", *T.B.P.* 1996, 191-197.

<sup>231</sup> Het niet vernieuwen door de overheid van de overeenkomst met een contractueel aangesteld personeelslid is geen ontslag (R.v.St. nr. 53.088, PUTMAN, 3 mei 1995 "Overwegende dat (verzoeker) inderdaad beschouwd werd als het hoofd de facto van die dienst met alles wat dit inhoudt, het geven van bevelen en in zijn geval zelfs het nemen van beslissingen; dat het echter niet is omdat hij in feite de functie uitoefende van directeur van een dienst die, zij het niet organiek dan toch functioneel, behoort tot het Ministerie van Economische Zaken, dat hij in rechte ook ambtenaar is geworden; (...) Overwegende dat het juist is dat het personeel van een openbare dienst zich in de regel in een statutaire verhouding bevindt, dat tot het bestaan van een contractuele verhouding alleen maar kan worden besloten indien ze op een ondubbelzinnige wijze blijkt uit een contract tussen de betrokkene en de dienst en dat een contractuele band niet kan worden vermoed;").

<sup>232</sup> Artikel 13 van de Nieuwe Gemeentewet. Zie Cass., Verenigde Kamers, nr. 5.590, 10 april 1987, concl. J. VELU, A.C., 1986-87, nr. 477, 1046 e.v., statuerend over de vraag of de Raad van State bevoegd is om een Koninklijk besluit tot benoeming van een burgemeester te vernietigen. De Raad van State heeft zich daar herhaaldelijk bevoegd toe verklaard (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 26.943, BROERS, 30 september 1986 ; R.v.St. nr. 30.004, MOTTE, 5 juni 1988 ; R.v.St. nr. 55.429, MAEKELBERG, 27 september 1995).

<sup>233</sup> Artikel 5, 5°, van de Wet van 22 maart 1995 tot Instelling van federale ombudsmannen.

verbinden <sup>(234)</sup>, noch over het benoemingsmandaat van een bestuurder in een instelling van openbaar nut.

## **AFDELING 1. De beslissing houdende aanstelling**

61. De aanstelling beoogt een tijdelijke toewijzing van een betrekking. De betrekking is „de op zichzelf staande administratieve eenheid geconcipieerd als het werkquantum van een bepaalde soort en bestemd voor één man, - ongeacht de vraag wie juist de titularis van de betrekking mag zijn“ <sup>(235)</sup>.

Het rechtsbegrip kan ook in haar verhouding tot de benoeming worden begrepen : de benoeming geschiedt in een bepaald ambt, de aanstelling geschiedt in een bepaalde betrekking <sup>(236)</sup>. De benoeming is het hoofdzakelijk en permanent

---

<sup>234</sup> Wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999, artikelen 77 en 82, 9°.

<sup>235</sup> VERMEULEN, P., "De rechtskracht van de "kaderbesluiten" en van de regelen van huishoudelijke orde in het algemeen.", *T.B.P.*, 1957, 15.

<sup>236</sup> Verschillende regelgevende teksten hebben, wellicht ook in navolging van de begripsomschrijvingen in de rechtspraak (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 32.708, VAN DEN BRANDT, 6 juni 1989 : "Overwegende dat men in het onderwijs wordt benoemd - tijdelijk, als stagiair, vast - in een bepaald ambt ; dat men vervolgens overeenkomstig die benoeming een betrekking toegewezen kan krijgen, dat wil zeggen een leeropdracht van een bepaald aantal uren aan een bepaalde school ; dat die dualiteit op sprekende wijze tot uiting komt in de rechtsfiguur van de terbeschikkingstelling wegens ontstentenis van betrekking ; dat de aldus ter beschikking gestelde immers nog steeds bekleed is met het ambt waarin hij is benoemd, maar niet langer bekleed is met een aan dat ambt corresponderende betrekking"), afgebakend wat onder verscheiden ambtelijke hoedanigheden en benamingen moet worden verstaan. Zie bijvoorbeeld het Decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs dat in artikel 3, 9°, omschrijft wat een ambt is en in artikel 3, 10°, bepaalt wat onder betrekking moet verstaan worden ; zie bijvoorbeeld het Decreet van 13 juli 1994 betreffende de Hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap, waarvan artikel 2, 25°, het begrip aanstelling definieert, artikel 2, 26°, het begrip ambt omschrijft ; artikel 2, 29°, het begrip benoeming, artikel 2, 30°, het begrip betrekking, artikel 2, 32° : het begrip bevordering. Artikel 2, 33° omlijnt wanneer we met een contractuele functie te maken hebben, artikel 2, 44° heeft het over het begrip werving. Zie bijvoorbeeld het koninklijk besluit van 26 september 1994 tot bepaling van de algemene principes waarvan artikel 21 bepaalt dat de graad de titel is die de ambtenaar in een rang situeert en hem machtigt tot het bekleden van een betrekking die met die graad overeenstemt; dat dienovereenkomstig de betrekkingen die door de ambtenaren van dezelfde graad worden bekleed, in de hiërarchie evenwaardig zijn en waarvan uit de artikelen 21, 22 en 23 volgt dat de graad van een

element ; de affectatie is het accessoir en variabel element <sup>(237)</sup>, dat steeds kan worden gewijzigd <sup>(238)</sup>.

Voor de beslissing houdende aanstelling worden derhalve ook de begrippen affectatie <sup>(239)</sup> of dienstaanwijzing gebruikt : die beslissingen beogen specifiek de aanstelling in een bepaalde betrekking om het ambt waarmee men is bekleed, te vervullen <sup>(240)</sup>. Een wijziging van de dienstaanwijzing van een ambtenaar, heeft een weerslag op de wijze waarop de betrokken ambtenaar zijn functie moet uitoefenen <sup>(241)</sup> ; of nog drukt de rechtspraak van de Raad van State het als volgt uit : een dienstaanwijzing die volgt op een benoeming is een nader bepalen van het effect van de initiële beslissing welke de benoeming is <sup>(242)</sup>.

De aanstelling in een bepaalde betrekking in de hoedanigheid waarin men benoemd is kan uiteraard de benoeming in die hoedanigheid in de tijd niet voorafgaan. Wel verzet er zich principieel niets tegen dat iemand op grond van het voornemen van de Minister hem voor benoeming aan de Koning voor te dragen, door de Minister onmiddellijk tijdelijk een aanstelling krijgt in de bij de benoeming te verlenen hoedanigheid, maar dan alleen als waarnemer. Die aanstelling

---

hogere rang hetzij door bevordering, hetzij bij wijze van een mandaat wordt verleend (R.v.St. nr. 80.680, VANDEPUTTE, 7 juni 1999).

<sup>237</sup> R.v.St. nr. 30.039, SCHOETERS, 10 mei 1988.

<sup>238</sup> R.v.st. nr. 53.654, LAMBRECHT, 12 juni 1996.

<sup>239</sup> R.v.St. nr. 30.039, SCHOETERS, 10 mei 1988.

<sup>240</sup> In het onderwijs is de toewijzing van een bepaald aantal uren in een bepaald ambt aan een bepaalde school, de aanstelling in een betrekking (R.v.St. nr. 28.252, LEMMENS, 26 juni 1987). Zo bijvoorbeeld wordt iemand benoemd tot onderwijzer en aangesteld aan een basisschool te Brussel. Betrokkene blijft steeds bekleed met het ambt van onderwijzer, maar zijn affectatie, de plaats waar hij zijn ambt uitoefent kan variëren ; zo kan hij van Brussel naar Oostende worden gemuteerd (zie artikel 3, 13°, van het voormelde decreet van 27 maart 1991) of wedertewerkgesteld, beide beslissingen een affectatie zijnd aan een andere onderwijsinstelling, of nog kan hij overtallig zijn waarbij hij wel zijn affectatie maar uiteraard niet zijn ambt heeft verloren. (R.v.St. nr. 30.039, SCHOETERS, 10 mei 1988).

<sup>241</sup> Een andere dienstaanwijzing kan een verandering van standplaats tot gevolg hebben en een wijziging van de aard van het werk (R.v.St. nr. 96.306, ROS, 11 juni 2001).

<sup>242</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 1.5.1. R.v.St. nr. 85.997, BLANPAIN, 15 maart 2000.

kan dan na de benoeming met terugwerkende kracht worden omgezet in een aanstelling als benoemde in de mate dat de benoeming zelf terugwerkende kracht heeft (<sup>243</sup>).

Betrekkingen zijn verschillend wanneer er een andere statutaire en geldelijke rang is aan verbonden (<sup>244</sup>) of wanneer de toegang ertoe verbonden is aan andere, specifieke voorwaarden (<sup>245</sup>). Een ambtenaar heeft geen recht of rechtmatige aanspraken op het behoud van een betrekking, ook niet wanneer de personeelsformatie de toegang tot de door hem geambieerde betrekking moeilijker maakt. Vereist is wel dat een verstrenging van toegangsvoorwaarden enkel voor de toekomst geldt (<sup>246</sup>).

## ***AFDELING 2. De beslissing houdende toelating tot de stage***

62. De *toelating tot de stage* is de rechtshandeling waarbij „een persoon in openbare dienst wordt opgenomen en die normaal tot de benoeming in vast verband moet leiden“ (<sup>247</sup>). Dergelijke beslissing houdt in dat een proefperiode moet doorlopen worden, het is een aanloop tot een vaste benoeming (<sup>248</sup>). Er wordt als term ook de benoeming tot stagiair gebruikt.

De toelating tot de stage verschilt hierin van de benoeming of van de bevordering van een vast personeelslid, dat na de

---

<sup>243</sup> R.v.St. nr. 30.039, SCHOETERS, 10 mei 1988.

<sup>244</sup> R.v.St. nr. 74.862, ROUSSEAU, 30 juni 1998.

<sup>245</sup> R.v.st. nr. 73.738, VAN HUMBEECK, 18 mei 1998.

<sup>246</sup> R.v.St. nr. 76.330, VAN SPAENDONK, 13 oktober 1998.

<sup>247</sup> R.v.St. nr. 18.710, JANSSENS, 25 januari 1978. Zie bijvoorbeeld definities in R. JANVIER en M. RIGAUX, "Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking", in *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, P. GEVERS (red.), Brugge, Die Keure, 1987, 70-71.

<sup>248</sup> R.v.St. nr. 28.145, RAEYMAEKERS, 23 juni 1987. "Het heeft normalerwijze geen zin", stelt dit arrest, "iemand tot de stage toe te laten en hem vervolgens een vaste benoeming te weigeren onder het voorwendsel dat hij de daartoe vereiste bekwaamheidsbewijzen ontbeert, derwijze dat hij gedoemd is om stagiair te blijven".

opleiding in stageverband de overheid, op grond van de uitslag van die stage, de betrokkene kan ontslaan <sup>(249)</sup> of in vast verband benoemen <sup>(250)</sup>. Indien geen van deze mogelijkheden plaatsvindt na de duur van de stage blijft een personeelslid de rechtstoestand van stagiair behouden <sup>(251)</sup> tot er formeel wordt beslist over zijn ontslag of zijn definitieve benoeming <sup>(252)</sup>. Nochtans oordeelt het arrest GREVEN dat de aanwijzing als stagiair een einde neemt wanneer het bestuur niet binnen een redelijke termijn statueert over de bekwaamheid van de stagedoende. De afwezigheid van een expliciete beslissing laat niet toe te besluiten dat de proefperiode voortduurt en belet niet dat de als stagiair aangewezen wordt beschouwd als zijnde vast benoemd <sup>(253)</sup>. Over een stagiair met een eindbeoordeling "gunstig" na het afsluiten van de stage geen beslissing nemen schendt het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel <sup>(254)</sup>.

Het besluit waarbij een personeelslid wordt toegelaten tot de stage, vormt de noodzakelijke rechtsgrond voor het

---

<sup>249</sup> Dit ontslag is geen tuchtstraf (R.v.St. nr. 31.707, GODEAUX, 11 januari 1989) ; de Raad van State gaat na of de afdanking geen verkapte tuchtstraf is. Het loutere feit dat de overheid rekening houdt met feiten die aanleiding zouden kunnen geven tot het instellen van een tuchtvordering, volstaat niet opdat de afdanking van een stagiair het karakter zou krijgen van een tuchtstraf (R.v.St. nr. 26.721, WILLEMS, 25 juni 1986).

<sup>250</sup> R.v.St. nr. 18.710, JANSSENS, 25 januari 1978. Zie ook Cass. 8 februari 1991, R.W. 1991-92, 193.

<sup>251</sup> R.v.St. nr. 38.080, TERGOLINA, 6 november 1991.

<sup>252</sup> In het arrest STACINO wordt geoordeeld : "dat een stagiair niet van rechtswege zijn hoedanigheid verliest door het verlopen van de voorgeschreven minimumperiode waarvoor de stage geldt ; dat aan de stage een einde wordt gemaakt indien de stagiair zelf uit de dienst treedt, of door een beslissing van de overheid, te weten een vaste benoeming of een afdanking ; dat een stagiair die niet zelf uit de dienst treedt, derhalve stagiair blijft zolang hij niet vast benoemd wordt of afgedankt wordt". De stage kan dus niet van rechtswege een einde nemen (R.v.St. nr. 20.526, STACINO, 22 juli 1980). In het arrest HEROES is de Raad van oordeel dat een ontslag na de reglementair voorziene stageperiode, niet onwettig is (R.v.St. nr. 76.842, HEROES, 10 november 1998).

<sup>253</sup> R.v.St. nr. 72.840, GREVEN, 30 maart 1998.

<sup>254</sup> R.v.St. nr. 119.516, VERMOTE, 19 mei 2003. De Raad van State vernietigt de beslissing houdende verlenging van de stage alsook de beslissing houdende impliciete weigering verzoeker te benoemen in vast verband.

rechtmatig tot stand komen van het besluit waarbij de betrokkene definitief wordt benoemd <sup>(255)</sup>.

### **AFDELING 3. De benoeming**

63. Het woord *benoeming* zonder meer wordt gebruikt voor de definitieve <sup>(256)</sup> toewijzing van een ambt <sup>(257)</sup>. J. VANDE LANOTTE en J. DUJARDIN definieren de benoeming als „een handeling waarbij de overheid eenzijdig het wettelijk of reglementair statuut op een ambtenaar van toepassing verklaart. De benoeming wordt pas effectief als de betrokkene de benoeming aanvaardt” <sup>(258)</sup>. Het aanvaarden van de benoeming geschiedt door de eedaflegging ; de Raad van State oordeelt in het arrest VAN MEENEN onder meer :

„dat de eedaflegging (...) een onderdeel is van een complexe handeling tot aanstelling waardoor, na (de) benoeming, kan vastgesteld worden dat (de ambtenaar) zijn ambt daadwerkelijk heeft opgenomen en dat hij voortaan de door de wet vastgelegde taken mag vervullen; dat zonder de eedaflegging de benoeming zelf geen rechtsgevolgen heeft en de wettelijke uitoefening van het ambt (...) principieel niet mogelijk is

---

<sup>255</sup> R.v.St. nr. 21.103, DE VOS en HEEREN, 23 april 1981. „De vaste benoeming is het logische gevolg van een toelating tot de proeftijd en vindt een dermate rechtstreekse grondslag in de er noodzakelijk aan voorafgaande toelating tot de proeftijd, dat zij een gevolgakte hiervan is (...)” (R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003).

<sup>256</sup> De benoeming heeft in tegenstelling tot de aanstelling een vast karakter, in die zin dat ze slechts kan worden beëindigd om tuchtrekenen of omwille van een algemene reglementaire wijziging (die dan slechts tot stand kan komen mits o.m. raadpleging van de vakorganisaties). (maar zie bijvoorbeeld de zaak DE BOE randnr. 193 (R.v.St. nr. 39.598, DE BOE, 9 juni 1992).

<sup>257</sup> Vaak een wervingsambt, de eerste graad van het niveau waarin kan worden benoemd. Zie voor de benoeming en de indiensttreding, BATSELE, D., DAURMONT, O. en QUERTAINMONT, Ph., *Le contentieux de la fonction publique, Lignes directrices de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans les litiges opposant les agents de l'Etat, des Communautés et des Régions à l'administration, Droit et justice*, nr. 13, Brussel, Ed. Nemesis, 1992, 80-82, nrs. 59-63.

<sup>258</sup> J. DUJARDIN en J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht, deel I, basisbegrippen, o.c.*, 29.

(...)";<sup>(259)</sup> "de eedaflegging maakt de effectieve uitoefening van het ambt mogelijk en zelfs verplicht" <sup>(260)</sup>.

Zoals hierboven gezegd, kan benoeming ook worden gebruikt om een benoeming tot stagiair of om een benoeming in een bevorderingsambt aan te duiden. De benoeming kan slechts geschieden in een vacante betrekking <sup>(261)</sup>, dat is een betrekking die los van een eventuele titularis, voorkomt in het kader <sup>(262)</sup> en die niet op definitieve wijze ingenomen is.

#### **AFDELING 4. De bevordering**

64. De *bevorderingsbeslissing* is een benoemingsbeslissing in een bevorderingsambt, i.e. meestal een hogere graad in hetzelfde niveau. Onder bevordering in graad wordt verstaan de verheffing in graad van een ambtenaar om een hogere betrekking te bekleden in het openbaar bestuur waartoe hij behoort <sup>(263)</sup>. De bevordering geschiedt in de regel in een graad, doch niet in een betrekking, ook indien daartoe een vacature vereist is ; het is als gevolg van de dienstaanwijzing, een interne maatregel, dat de bevorderde ambtenaar een betrekking wordt toegewezen die in verhouding staat tot zijn nieuwe graad <sup>(264)</sup>.

---

<sup>259</sup> R.v.St. nr. 42.683, VAN MEENEN, 26 april 1993.

<sup>260</sup> R.v.St. nr. 84.650, MOYERSOEN, 13 januari 2000.

<sup>261</sup> Bijvoorbeeld R.v.st. nr. 66.520, VAN DEN STEEN, 3 juni 1997 ; R.v.St. nr. 67.625, LELIEVRE, 4 augustus 1997.

<sup>262</sup> "Het kader is de lijst opgesteld door het diensthoofd, waardoor deze voor zijn dienst het aantal betrekkingen, administratieve eenheden, administratieve toerekeningspunten bepaalt waarover het werk verdeeld moet of kan worden. Gewoonlijk geeft het kader die verdeling aan op schematische wijze : de opsomming, per onderafdeling van de dienst, der betrekkingen geordend volgens de hiërarchische graad die eraan verbonden is" (VERMEULEN, P. "De rechtskracht van de "kaderbesluiten" en van de regelen van huishoudelijke orde in het algemeen", l.c. 15). Zie ook R.v.St. nr. 61.068, GARCET en nr. 61.069, VANDERAUWERA, beide van 19 juli 1996.

<sup>263</sup> R.v.St. nr. 10.553, DE MEESTER, 14 april 1964. Volgens J. DUJARDIN en J. VANDE LANOTTE is de bevordering een handeling waarbij een ambtenaar benoemd wordt tot een graad van een hogere rang (J. DUJARDIN, en J. VANDE LANOTTE, o.c., 28).

<sup>264</sup> R.v.st. nr. 85.997, BLANPAIN, 15 maart 2000.

Contractuelen en tijdelijken kunnen normaliter niet opklimmen in de administratieve hiërarchie, zij verwerven principieel geen administratieve anciënniteit en kunnen aldus geen aanspraak maken op bevordering <sup>(265)</sup>.

Kan niet als een bevordering worden beschouwd, de benoeming van een personeelslid die geen ander gevolg heeft dan de overplaatsing naar een gespecialiseerde dienst en het daarbij verlenen van een hogere wedde, zonder het personeelslid evenwel een hogere stand in de administratieve hiërarchie te verschaffen <sup>(266)</sup>.

De bevordering is uiteraard, net als de benoeming, afhankelijk van het bestaan van een vacante betrekking die is voorzien in het kader, zodat de aanstelling onlosmakelijk is verbonden met de benoeming <sup>(267)</sup>.

## ***AFDELING 5. De mutatie*** <sup>(268)</sup>

65. De *mutatie* van een personeelslid van een dienst naar een andere wordt in de regel <sup>(269)</sup> beschouwd als een maatregel van inwendige orde <sup>(270)</sup>. De benoeming wordt door de mutatie geconcretiseerd in een andere betrekking maar het behelst geen

---

<sup>265</sup> R.v.st. nr. 12.199, CHARLIER, 2 februari 1967 ; R.v.St. nr. 68.158, DEROISY, 17 september 1997.

<sup>266</sup> R.v.St. nr. 5.198, ALEXIS, 14 juni 1956. De toekenning van een hogere weddeschaal is geen bevordering (R.v.St. nr. 72.726, COUVREUR, 25 maart 1998).

<sup>267</sup> R.v.St. nr. 49.996, KEYMEULEN, 28 oktober 1994.

<sup>268</sup> Zie voor de mobiliteitsregelingen, BERCKX, P. i.s.m. F. FRANCEUS en M. VAN SANDE, *Ambtenarenzakboekje*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 116-125 en voor de mutatie 125-126.

<sup>269</sup> De concrete omstandigheden kunnen er een aanwijzing van zijn dat het niet om een loutere maatregel van inwendige orde gaat : zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 19.177, WASTIELS, 10 oktober 1978 ; voor een bespreking van die zaak, zie D. MAREEN, "De motieven van de administratieve rechtshandeling", *l.c.*, 20-38, vn. 28.

<sup>270</sup> En geen tuchtstraf (R.v.St. nr. 12.541, DE BLAAUW, 15 september 1967).



nieuwe benoeming ; de mutatie kan worden herhaald (<sup>271</sup>). Een benoeming in een betrekking waaraan een hogere weddeschaal is gehecht, is evenmin een eenvoudige mutatie (<sup>272</sup>). Een mutatiebesluit is derhalve geen benoemingsbesluit en het kan zeker niet inhouden dat de ambtelijke hoedanigheid van de betrokkene wordt gewijzigd (<sup>273</sup>).

Ambtenaren zijn ertoe gerechtigd een betrekking te bekleden die overeenkomt met de belangrijkheid van hun graad in de hiërarchie, minstens hebben zij het recht opdrachten en taken toegewezen te krijgen die in verhouding staan tot het ambt waarin zij zijn benoemd, of die niet met een lagere graad in verband staan (<sup>274</sup>).

---

<sup>271</sup> R.v.St. nr. 41.833, DE BROUWER, 1 februari 1993.

<sup>272</sup> R.v.St. nr. 8.432, FERON, 10 februari 1961.

<sup>273</sup> R.v.St. nr. 28.128, HELLEMANS, 22 juni 1987.

<sup>274</sup> R.v.St. nr. 49.942, BODSON, 26 oktober 1994.

## HOOFDSTUK 6. OMSCHRIJVING VAN DE Vernietiging DOOR DE Raad van State EN HET GEZAG VAN Gewijsde van EEN Vernietigings- EN Schorsingsarrest

66. Te herinneren valt dat de Raad van State op vorderingen tot nietigverklaring slechts kan reageren door beslissingen al dan niet te vernietigen. Vooraf wordt derhalve, in het licht van ons onderwerp en mede ter verduidelijking van wat de vernietiging „op gemoduleerde wijze” wordt genoemd <sup>(275)</sup> <sup>(276)</sup> kort aangegeven wat een vernietiging door de Raad van State en wat het gezag van gewijsde van een schorsings- en annulatiearrest inhoudt.

### *AFDELING 1. De vernietiging door de Raad van State*

67. “Het beroep op de Raad van State verschijnt als een middel om ten aanzien van de bestuursoverheid het recht te handhaven, meer bepaald door aan wie nadeel van een onrechtmatige administratieve beslissing ondervond, bevoegdheid te geven om rechtsherstel te vorderen. Dat rechtsherstel, in de vorm die specifiek is voor de Raad van State, bestaat in de “vernietiging” van de bestreden en door de Raad van State onrechtmatig bevonden administratie beslissing” <sup>(277)</sup>.

---

<sup>275</sup> Zie “De “gemoduleerde vernietiging” bij de weigeringsbeslissingen, randnrs. 124-131.

<sup>276</sup> Gezien het slechts om omschrijvingen gaat, wordt geen discussie aangegaan met visies die het aangebrachte in vraag stellen.

<sup>277</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 1.1. ; naar dit arrest wordt herhaaldelijk verwezen omdat o.i. een betere beschrijving van wat de vernietiging inhoudt niet kan worden gevonden ; zie W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur, o.c.*, 11-26 ; 38-84 ; M. BOES, *Syllabus administratief recht, o.c.*, 174-183 ; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur, o.c.*, 35 ; A. VAN MENSEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling, o.c.*, 73 nr. 192 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 6-9, nrs. 7-9 ; 789-795, nrs. 828-831 ; D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, *O.A.P.R.* 1998, 100-104 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, Brussel, 2000, 938 pp. (388-389) ; L. DE GEYTER en F. VANDENDRIESSCHE, “Het “nieuwe” artikel 14 van de gecoördineerde Wetten op de Raad van State en de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de bestuurshandelingen van de wetgevende

Deze wordt uitgesproken in het „dictum“ of het „dispositief“ of nog, het beschikkend gedeelte van het arrest.

68. Door de vernietiging wordt de onwettige administratieve rechtshandeling *ab initio, ex tunc* <sup>(278)</sup> en, daar een vernietigingsarrest "*erga omnes*" uitwerking heeft, juridisch volledig uit de rechtsorde weggenomen <sup>(279)</sup>. "*Le temps avait suspendu son vol*" <sup>(280)</sup>.

---

vergaderingen", T.B.P., 2000, 97-113 ; L. DE GEYTER, "De wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek", A.J.T. 2000-2001, 173-186. Zeer uitvoerig wordt de draagwijdte van een beroep bij de Raad van State behandeld door S. LUST in haar boek *Rechtsherstel...*, o.c., 206-268, nrs. 113-167 ; zij onderwerpt dit aan een kritisch onderzoek en volgens haar gaat het ook bij de Raad van State over subjectieve rechten, waardoor de Raad van State een ongrondwettige instelling zou zijn. Het zij herhaald dat hetgeen onder deze afdeling wordt beschreven gericht is op de specifieke thesis van de mogelijkheid tot rechtsherstel door de Raad van State die in dit werk wordt naar voor gebracht en dus deze vraag niet aanraakt. Zie ook S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*", o.c. 215-234, nrs. 443-474.

<sup>278</sup> Voor het verleden. De vernietiging van een bestuurlijke handeling door de Raad van State werkt terug tot de datum waarop deze handeling werd gesteld. De ingevolge het vernietigingsarrest vernietigde handeling wordt aldus geacht nooit te hebben bestaan (R.v.St. nr. 20.471, DE BRABANTER, 25 juni 1980) of nog : "*Overwegende dat de vernietiging een specifieke vorm van rechtsherstel is die er in bestaat de bestreden beslissing met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer te doen verdwijnen, dusdanig dat de rechtsonderhorigen in de juridische situatie worden gebracht alsof de vernietigde beslissing nooit is tussengekomen*" (R.v.St. nr. 96.964, 1. de N.V. VAN RYMENANT, 2. de N.V. ONDERNEMINGEN MAURICE DELENS, 26 juni 2001). Zie voor voorbeelden inzake benoemingen : J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 111, nr. 5. *Ex tunc*, behoudens de uitzondering van artikel 14 ter R.v.St.-wet, zie S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 198, nr. 130.

<sup>277</sup>. Ter zake kan wel worden gewezen op de constructie van "de feitelijke ambtenaar", dit is de ambtenaar die in eigen ogen of in de ogen van derden t.o.v. wie zijn handelingen rechtsgevolgen hebben gehad, in rechte ambtenaar was terwijl hij het alleen maar in feite was ; zie M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 644-648 ; bijvoorbeeld R.v.St. nr. 17.024, TEDESCO, 20 mei 1975, R.W. 1975-76, 423-424, noot L.P. SUETENS ; R.v.St. nr. 25.424, HEYNDELS, 31 mei 1985, in welke zaak de "rechtsschijn" zelfs moest worden verlengd tot vier maanden na het arrest door de rechtsgevolgen van de vernietiging pas dan werkzaam te laten worden. Een schorsingsarrest van de Raad van State kan ook oordelen dat de schorsing van een benoeming slechts maanden later ingaat omwille van de continuïteit van de openbare dienst (R.v.St. nr. 58.680, CLAUS, 20 maart 1996).

<sup>280</sup> "*Comme a pu l'écrire un commentateur cultivé*", schrijft Pierre LEWALLE (*Contentieux administratif*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Larcier, 2002, 943 nr. 521) ; P. LEWALLE, "*L'autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de*

De "erga-omnes" werking betekent dat elkeen er in het rechtsverkeer toe gehouden is het vernietigingsarrest te respecteren, ook de burgerlijke rechter. Dat laatste is in het raam van ons onderzoek belangrijk geweest om vlotter pecuniair rechtsherstel te verschaffen aan wie in weerwil van een recht daarop, een benoeming niet had verkregen.

Iets anders is dat de rechterlijke uitspraak, zelfs bij gezag van gewijsde erga omnes, alleen geldt voor het concrete geval waarin zij werd gedaan <sup>(281)</sup>, zodat als grote lijn kan worden gesteld dat derden zich niet kunnen beroepen op rechtsherstel dat ten voordele van de verzoekende partij werkt <sup>(282)</sup>. Indien bijvoorbeeld een groep ambtenaren recht heeft op overname door een andere instelling met behoud van hun rechten, dan vermogen diegenen die de weigering tot overname niet voor de Raad van State hebben bestreden, zich niet te baseren op het vernietigingsarrest voor hun collega's uitgesproken om ook het recht op overname te claimen <sup>(283)</sup>.

---

*l'excès de pouvoir et le juge judiciaire* », in DE LEVAL, G, LEWALLE, P. en STORME, M. (ed.), *Het interdisciplinair geschil - Le contentieux interdisciplinaire*, Brussel, Bruylant, 1996, 174-264 (181), daarbij verwijzend naar FALYS, in een noot bij R.v.St. nr. 19.964, GIFAR en DE STAD DOORNIK, 7 december 1979, J.T. 1980, 455 e.v.

<sup>281</sup> R.v.St. nr. 29.117, DAVID, 12 januari 1988. Voor de erga-omnes werking van vernietigingsarresten met uitvoerige verwijzingen, zie ook S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c., 180-191 nrs. 120-126.

<sup>282</sup> Bijvoorbeeld R.v.st. nr. 18.063, DE BLOCK, 25 januari 1977 : "Overwegende dat, aangezien de termijn om de beslissing (...) tot vaststelling van de inzet van het bevorderingsexamen als zodanig te doen vernietigen verstreken is, de vaststelling van de onwettigheid ervan bij wijze van exceptie alleen tot voordeel kan strekken van verzoekster die de vordering heeft ingesteld welke eensdeels de vaststelling van de onwettigheid heeft mogelijk en nodig gemaakt en, anderdeels, als beperkt voorwerp heeft de vernietiging van de speciaal tot verzoekster gerichte weigering haar een brevet te geven ; dat de rechtsverplichting waaraan de examencommissie te kort gekomen is en waarvan de Raad van State in deze zaak de schending kan vaststellen, daarom uitsluitend de verplichting is om aan verzoekster een brevet uit te reiken, aangezien aan haar als de 63<sup>e</sup> geklasseerde kandidate het 63<sup>e</sup> brevet moest toegekend geweest zijn ; dat de aangevoerde vernietigingsgrond in de hiervoor beperkte mate deugdelijk is."

<sup>283</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld de zaken van de Vlaamse Operastichting, randnrs. 337-339.

69. Een vordering tot nietigverklaring heeft als voorwerp materieel, i.e. inhoudelijk, rechtsherstel te verkrijgen door de rechtseffecten die de bestreden beslissing deed ontstaan - het in concreto vestigen of bevestigen van bevoegdheden, rechten of verplichtingen - volledig te niet te doen <sup>(284)</sup>.

70. Het rechtsherstel door de vernietiging tot stand gebracht wordt bepaald door de aard en de inhoud van de vernietigde beslissing en door de deugdelijk bevonden vernietigingsgrond, dat is de overtreden rechtsregel en de feitelijke elementen van de overtreding <sup>(285)</sup>. Het is de vaststelling van de toen op de bestuursoverheid rustende concrete rechtsplicht waaraan die overheid bij het verrichten van de vernietigde bestuurshandeling is tekort gekomen <sup>(286)</sup>. Het effect van de vernietigingsgrond wordt dus niet alleen bepaald door de vernietiging op zichzelf beschouwd, besloten in het dictum van het arrest, maar ook door de met het dictum onverbrekkelijk verbonden motieven <sup>(287)</sup>; met andere woorden, door de annulatiemiddelen waarvan het gegrond bevinden tot de vernietiging heeft geleid <sup>(288)</sup>. Daar is het antwoord te vinden op de vraag welk bijkomend rechtsherstel vereist is om de vernietiging in het dictum "volkomen" te maken.

---

<sup>284</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overweging 1.3.1.

<sup>285</sup> Bijvoorbeeld A. DE PAUW, "De gevolgen van een annulatiearrest van de Raad van State uitspraak doende in een beroep tot nietigverklaring wegens onwettelijkheid van de eigenlijke bestuurlijke akten of reglementen", l.c. 83-104 (93), waar hij daarvoor naar een auditoraatsverslag van wijlen eerste Auditeur bij de Raad van State A. DE POVER verwijst.

<sup>286</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. III, B, 2.1., geciteerd door M. BOES in, "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State" in *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 1-25 (9) en door S. LUST, "De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale Belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995", R.W. 1996-97, 377-389, (377).

<sup>287</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 78.747, PEETERS, 16 februari 1999 ("mede aan de hand van de onverbrekkelijk met het dictum verbonden motieven van het arrest, zal uitgemaakt moeten worden wat het bestuur te doen staat om de uitvoering van het arrest te verzekeren").

<sup>288</sup> R.v.St. nr. 25.573, DEWAELE, 5 juli 1985 (overw. 2.3.) ; R.v.St. nr. 40.610, ROGGMAN, 6 oktober 1992 ; R.v.St. nr. 41.293, DE WILDE, 7 december 1992.

Het dictum wordt derhalve in zijn reikwijdte mede daardoor bepaald en voor zover de vernietigingsgrond de ondersteuning van het dictum behoeft, deelt deze grond in het gezag van gewijsde daarvan (<sup>289</sup>).

71. De daarin opgenomen beslissende gegevens kunnen dus van zodanige aard zijn dat de rechtsplicht moet worden geacht ook nog na het vernietigingsarrest te blijven doorwerken. In dat geval is de rechtsverstoring door de enkele vernietiging niet volledig ongedaan gemaakt, aangezien, na die vernietiging, als rechtsverstoring overblijft het niet vervuld zijn van de vastgestelde, nog steeds op de overheid rustende rechtsplicht. Een annulatiearrest - in strijd met wat in die term besloten schijnt te liggen - maakt derhalve, het zij benadrukt, niet alleen rechtsgevolgen ongedaan, maar kan er ook vestigen, uiteraard niet krachtens enige eigen bestuursbevoegdheid van de Raad van State, maar krachtens het declaratief effect van de in de vernietigingsgrond gedane vaststelling van op de bestuursoverheid blijvend rustende onthoudings- of prestatieverplichtingen, vaststelling die uiteraard het gezag van gewijsde heeft (<sup>290</sup>).

72. Om uit te maken welke motieven onverbrekkelijk met het dictum verbonden zijn, dient men in de eerste plaats zijn aandacht te laten uitgaan naar wat de rechter die het arrest heeft uitgesproken daar zelf over heeft gedacht (<sup>291</sup>) ; bij de beoordeling daarvan mogen de verschillende overwegingen van het annulatiearrest niet los van elkaar worden gezien (<sup>292</sup>).

---

<sup>289</sup> R.v.St. nr. 21.370, WALLAYS, 14 juli 1981 ; R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, overw. 8.3.3.2.

<sup>290</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 2.1., hernomen in het arrest nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, overw. 8.3.3.2.

<sup>291</sup> "overeenkomstig de regel van uitlegkunde dat rechtshandelingen veeleer naar de geest dan naar de letter geïnterpreteerd moeten worden, wat onvermijdelijk tot een (...) op de bedoeling van de auteur van de rechtshandeling afgestemde interpretatie noopt", R.v.St. nr. 26.943, BROERS e.a., 30 september 1986.

<sup>292</sup> R.v.St. nr. 42.085, LAVENT, 25 februari 1993.

Maar of het bestuur die handelwijze altijd heeft gevolgd, valt te betwijfelen ; zie desaangaande V. FRANCK-de CALLATAY die stelt :

*"Par ailleurs, les mesures prises après les arrêts peuvent parfois être directement mises en rapport avec les motifs de ceux-ci, soit qu'elles leur tournent le dos, soit qu'elles y trouvent une source d'inspiration. Ainsi, l'Administration s'est-elle parfois autorisée à remettre en cause la véracité d'un fait tenu pour exact dans les motifs de l'arrêt. Ainsi peut-elle également se prévaloir de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat pour écarter l'enseignement de l'arrêt litigieux"* <sup>(293)</sup>.

73. De overheid is gehouden tot al wat, maar enkel tot wat in het voorwerp van het door de verzoekende partij ingestelde beroep begrepen is <sup>(294)</sup>. Indien het rechtsherstel enkel op de situatie van de concurrent van verzoeker betrekking heeft, is de overheid niet verplicht om enige maatregel te nemen die direct betrekking heeft op de situatie van de verzoeker, ook niet indien, bijvoorbeeld, de vernietiging van de bevordering van de concurrent steunt op het ten onrechte niet in acht nemen van de kandidatuur van de verzoeker. Vanzelfsprekend zal de overheid dezelfde fout niet mogen herhalen indien een nieuwe bevorderingsprocedure wordt ingezet <sup>(295)</sup>.

Bij de vernietiging van een benoeming is de rechtspositie van diegene wiens benoeming is vernietigd gelijk aan zijn positie op het ogenblik dat de vernietigde beslissing werd genomen. Deze situatie wordt bepaald door het laatste benoemingsbesluit dat aan het vernietigde besluit voorafgaat en door iedere beslissing die de toestand tijdelijk wijzigde en gevolgen had op het ogenblik dat de vernietigde benoeming werd

---

<sup>293</sup> V. FRANCK-de CALLATAY, "L'exécution des arrêts du Conseil d'état au sein des administrations Nationales, 1980-1984", A.P.(T) 1988, 39.

<sup>294</sup> R.v.st. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980,, overw. 2.2. Wat het onderscheid tussen het formeel en materieel voorwerp aangaat, zie o.m. S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 253 nr. 136.

<sup>295</sup> R.v.st. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 2.3.4. *"Tout arrêt d'annulation interdit de refaire l'acte annulé sans corriger ce qu'il avait d'illégal"* (M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c. 632).

genomen, voor zover die beslissing niet onverenigbaar is met de motivering van de vernietiging door de Raad van State (<sup>296</sup>).

De vernietiging van de beslissing tot intrekking van de benoeming en affectatie (...) zal tot gevolg hebben dat de betrokkene geacht wordt sinds de initiële handeling (...) benoemd en geaffecteerd te zijn, zonder dat het kwestieuze ambt nog vacant kan worden verklaard (<sup>297</sup>).

De vernietiging van het ontslag betekent dat de betrokkene zijn ambt opnieuw bekleedt en geacht moet worden dat steeds te zijn blijven doen (<sup>298</sup>).

Maar hoe langer de procedure voor de Raad van State duurt, hoe moeilijker dat kan worden (<sup>299</sup>) : *"Een arrest kan niet werken zoals een soort "tijdmachine" die opnieuw een vroeger moment in het rechtsverkeer en in de maatschappelijke verhoudingen kan herscheppen"* (<sup>300</sup>).

74. Wanneer ter uitvoering van het annulatiearrest de onwettigheid van de betrokken administratieve rechtshandeling wordt rechtgezet, wordt daardoor derhalve het principe van de non-retroactiviteit van bestuurshandelingen niet geschonden (<sup>301</sup>) als de motieven van de vernietiging gerespecteerd worden

---

<sup>296</sup> R.v.St. nr. 35.701, JOYE, 19 oktober 1990. Zo oordeelt ook het Hof van Cassatie : de betrokkene wordt opnieuw in de toestand geplaatst waarin hij ten tijde van de beslissing verkeerde en de overheid moet het nodige doen opdat de rechtstoestand die bestond voor het vernietigd besluit werd genomen, in de mate van het mogelijke wordt hersteld (Cass. 23 mei 1985, Arr. Cass. 1984-85, 1318).

<sup>297</sup> R.v.St. nr. 25.583, COPERLOOS, 11 juli 1985 ; R.v.St. nr. 46.789, VAN ENGELAND, 30 maart 1994.

<sup>298</sup> R.v.St. nr. 55.561, VAN NUFFEL, 2 oktober 1995. Zo bijvoorbeeld ook ten aanzien van de vernietiging van een terbeschikkingstelling : R.v.St. nr. 49.729, GRAAS, 19 oktober 1994.

<sup>299</sup> R.v.St. nr. 39.190, THIENPONT, 7 april 1992 : *"Naarmate de tijd vordert, wordt het steeds moeilijker om een vernietigingsarrest van de Raad van State naar behoren uit te voeren."*

<sup>300</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, nr. B.1.1.

<sup>301</sup> R.v.St. nr. 36.034, FOUGNIES, 18 december 1990, T.B.P. 1992, 212.



(<sup>302</sup>) (<sup>303</sup>). Ook bij discretionaire bevoegdheid wordt dit beginsel door een terugwerkende uitvoeringsmaatregel niet miskend :

*"Wanneer de overheid bij de uitvoering van een annulatiearrest gehouden is, met het oog op het noodzakelijke rechtsherstel, tot het correct overdoen van de vernietigde beslissing, dekt de uitwerking ex tunc van het arrest de wettigheid van een met terugwerking genomen rechtsherstellende nieuwe beslissing. Bij een vernietiging van de benoemingen en voor zover zulks in overeenstemming te brengen is met de motieven van het vernietigingsarrest, belet niets dat de loopbaan gereconstitueerd wordt vanaf het tijdstip waarop de vernietigde benoemingen uitwerking hadden"* (<sup>304</sup>).

75. Men noemt het beroep bij de Raad van State een „objectief“ beroep (<sup>305</sup>).

---

<sup>302</sup> R.v.St. nr. 62.922, ORFINGER, 5 november 1996 : *"Il est admis toutefois que lorsqu'elle refait un acte annulé par le Conseil d'Etat, l'autorité administrative fasse rétroagir l'acte nouveau si cela s'avère indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public pour autant que le fondement juridique de l'annulation soit respecté."* noot R. ERGEC, J.T., 1997, 254-256 ; noot C. MOLITOR, A.P.T., 1997, 199-215.

<sup>303</sup> In dezelfde zin oordeelt het Arbitragehof : *"Het beginsel dat als algemene regel is vervat in art. 2 van het B.W., volgens hetwelk de wet geen terugwerkende kracht heeft, (...) staat evenwel toe dat, wanneer de administratieve overheid een door de Raad van State vernietigde handeling herstelt, zij aan de nieuwe handeling terugwerkende kracht verleent wanneer dat onontbeerlijk blijkt voor de goede werking of continuïteit van de openbare dienst, voor zover de rechtsgrond van de vernietiging wordt geeërbiedigd"* (Arbitragehof, nr. 31/95, 4 april 1995, B.S. 16 mei 1995). Zie ook W. VAN NOTEN, *"De retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen"*, noot bij R.v.St. nr. 17.412, CASAER, 3 februari 1976, R.W. 1976-77, 1755-1759 ; J. LUST, *De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State*, o.c. 140, nr. 58, vn. 98, in fine voor een overzicht van rechtsleer ; S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 234 nr. 127.

<sup>304</sup> R.v.St. nr. 23.783, DELA RUELLE, 8 december 1983.

<sup>305</sup> Zie bijvoorbeeld A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht, Boek I : de Instellingen*, Brussel, Story-scientia, 1988, 214 ; P. LEWALLE, o.c., 541 nr. 342 ; 953 nr. 525 ; *"Het annulatieberoep heeft (...) een objectief karakter : zelfs al moet de verzoekende partij belang hebben bij het beroep, dan belet zulks niet dat het beroep in wezen gericht is op het herstel van de wettigheid en dat het proces gemaakt wordt van een administratieve rechtshandeling"* (E. LANCKSWEERDT, o.c., 15) ; zie voor de term en kritiek op de term, inzonderheid *"De betekenis van het begrip "objectieve rechtspraak" voor de legitimatie van het annulatieberoep"*, S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 206-206, nrs. 113-114 en 302 nr. 199 e.v. en de daar aangehaalde rechtsleer ; R.v.St. nr. 121.788, A.S.B.L. BRUSSELSE RAAD VOOR HET LEEFMILIEU, A.S.B.L. PETITIONS-PATRIMOINE, A.S.B.L. INTER-ENVIRONNEMENT BRUXELLES, 18 juli 2003.

"Uit het objectief beroep wordt onder meer afgeleid dat wat vernietigd is, dat niet alleen is ten aanzien van de partijen in het geding, maar ten aanzien van allen in het rechtsverkeer, onverschillig of dat voordelig of nadelig uitvalt voor degene op wiens situatie de vernietiging inwerkt. Het objectief karakter van het annulatieberoep belet evenwel niet dat wat een verzoeker kan eisen - en dus wat een rechter uitdrukkelijk en ook impliciet kan toewijzen - bepaald wordt door het belang dat de verzoeker bij zijn beroep heeft, dit is door het nut dat de vernietiging voor hem kan opleveren. Het belang wordt als aanvullend grensaanwijzend criterium gehanteerd om te bepalen wat in het effect van de vernietiging - materieel bepaald - begrepen moet zijn, en wat er niet in begrepen kan zijn" <sup>(306)</sup>.

Het objectief karakter van het beroep <sup>(307)</sup> bij de Raad van State staat voor het volgende : het plaatst een individu tegenover een aangevochten handeling <sup>(308)</sup> ; het proces van de handeling wordt dus gemaakt. Maar wel wordt erop gewezen dat, in weerwil van zijn objectief karakter, dit beroep specifiek uitgedacht is om die rechtsverlening te kunnen brengen waarin tot aan de oprichting van de Raad van State nog niet voorzien was :

"Om de rechtzoekende is het uiteindelijk te doen. Om hem is het uiteindelijk te doen in het annulatieberoep, alle beschouwingen over de objectieve aard van dit beroep ten spijt.

---

<sup>306</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 1.3.3. (voor het principe), voor toepassingen zie o.m. R.v.St. nr. 20.600, BENS, en 20.601, DILLEN van 30 september 1980 ; R.v.St. nr. 20.780, BEKE, 5 december 1980 ; R.v.St. nr. 21.262, VANDEROYE, 16 juni 1981 ; R.v.St. nr. 25.573, DEWAELE, 5 juli 1985.

<sup>307</sup> "Door de vernietiging wordt de verstoring van de rechtsorde die het gevolg is van de onwettige handeling ongedaan gemaakt" (D. D'HOOGE en B. SCHUTYSER, "De administratieve dwangsom : dwangmiddel voor de tenuitvoerlegging van een arrest van de Raad van State ? - Het opleggen van een dwangsom in het kader van een vordering tot schorsing" in *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 134 nr. 5).

<sup>308</sup> Dat het wezenlijk om de handeling gaat, heeft de Franstalige Kamers van de Raad van State er zelfs toe gebracht het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat door derden wordt geleden, in aanmerking te nemen, bijvoorbeeld R.v.St. nr. 38.108, S.P.R.L. SOUND AND VISION, 14 november 1991 ; R.v.St. nr. 39.200, A.S.B.L. ASSOCIATION DES FEMMES AU FOYER, 9 april 1992 ; R.v.St. nr. 51.118, ASINARI DI SAN MARZANO en cons., 12 januari 1995, J.L.M.B. 1995, 740-758, noot P. GILLIAUX ; R.v.St. nr. 93.316, JANSSENS, 15 februari 2001 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 702.

*Maar om hem is het zo mogelijk nog meer te doen in de artikelen 92 en 93 van de Grondwet. Daarom meen ik dat in twijfelgevallen (...) deze bepalingen moeten worden uitgelegd in de voor de burger meest gunstige zin, dat zij, in zulke gevallen, niet het met hun doelstelling strijdige gevolg mogen hebben de burger af te houden van de natuurlijke rechter van de administratie die de Raad van State ab initio theoretisch is geweest en heel vlug in de praktijk is geworden. (...)”* <sup>(309)</sup>.

## **AFDELING 2. Omschrijving van het gezag van gewijsde van een vernietigings- en schorsingsarrest**

### **§ 1. Het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest**

76. Een vernietigingsarrest <sup>(310)</sup>, met de onder de vorige afdeling beschreven “*erga omnes*”-werking <sup>(311)</sup> die het kenmerkt, gebaseerd op het fundamenteel beginsel van de rechtsstaat dat iedereen, ook de overheid, onderworpen is aan het recht, bevat op zijn minst één “verbod”: dat om iets te doen in strijd met het gezag van gewijsde van het arrest <sup>(312)</sup>. Daardoor is het gezag van gewijsde ook van openbare orde en kan de schending ervan door de Raad van State ambtshalve worden onderzocht <sup>(313)</sup>.

---

<sup>309</sup> J. BORRET, advies gegeven op de terechtzitting van 25 november 1980 in de zaak V.Z.W. Onderwijsinrichtingen van de Zusters van de Voorzienigheid en van de Onbevleete Ontvangenis in Noord-België (R.v.St. nr. 20.838, V.Z.W. ONDERWIJSINRICHTINGEN VAN DE ZUSTERS VAN DE VOORZIENIGHEID, 23 december 1980), ongepubl.

<sup>310</sup> Het gezag van gewijsde van verwerpingsarresten hoeft in het raam van dit werk niet te worden onderzocht.

<sup>311</sup> Randnr. 68.

<sup>312</sup> R.v.St. nr. 25.491, RAMMANT, 18 juni 1985, R.W. 1986-87, 311 en T.B.P. 1985, 153 ; A. VAN WELKENHUYZEN, “L’*autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d’Etat en matière de resabilité de la puissance publique*”, noot onder Cass. 7 november 1975, R.C.J.B., 1977, 417 e.v., inz. 444 en 445 ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 6-58, nrs. 103-104 ; zie de reeds geciteerde zeer grondige studie rond het gezag van gewijsde van P. LEWALLE, *L’*autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d’Etat au contentieux de l’excès de pouvoir et le juge judiciaire**, O.c., 174-264 (181) ; P. TAELEMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde, een begrippenstudie*, Kluwer, 2001, 465 pp. ; ook LUST S., *Rechtsherstel*, O.c., 14-17, nrs. 6-7 ; 219, nrs. 120-127 ; 370 nr. 202 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

<sup>313</sup> R.v.St. nr. 6.450, BOONEN, 30 juni 1958 ; R.v.St. nr. 14.435, N.V. ONDERNEMINGEN JAN DE NUL, 12 januari 1971 ; R.v.St. nr. 18.577, SOUFFRIAU, 23

Om het grote belang ervan te onderstrepen heeft de wetgever een specifiek rechtsmiddel in het leven geroepen om het af te dwingen, met name de dwangsom <sup>(314)</sup>. Op grond van die regeling wordt het niet respecteren van het gezag van gewijsde als een fout aangemerkt <sup>(315)</sup>.

Het gezag van gewijsde bestaat hierin dat de rechterlijke beslissing door iedereen als juist moet worden aangenomen vanaf de uitspraak : "*res judicata pro veritate habetur*".

Het gezag van gewijsde strekt zich zoals aangehaald bij de vernietiging, niet alleen uit tot het dictum, besluit of beschikkend gedeelte van het arrest maar tevens tot de rechtsoverwegingen die er onverbrekkelijk mede verbonden zijn, die er de noodzakelijke, de dragende grondslag van uitmaken <sup>(316)</sup>, dus in die mate waarin het dictum de ondersteuning van de vernietigingsgrond behoeft <sup>(317)</sup>.

Het Hof van Cassatie stelt dat het gezag van het rechterlijk gewijsde bij een arrest van de Raad van State beperkt is tot wat de rechter heeft beslist over een punt dat in betwisting was en tot wat, wegens het geschil dat voor de rechter is gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben

---

november 1977 ; R.v.St. nr. 35.383, GOGNEAUX, 4 juli 1990 ; Zie ook A. VANDER STICHELE, "Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State", *Liber amicorum F. DUMON*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 987-999 (1987) ; A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984", *l.c.* 1413-1431 (1431) ; zie A. WIRTGEN, *Raad van State, I. afdeling administratie, 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder, Administratieve rechtsbibliotheek, algemene reeks nr. 10*, Brugge, die Keure, 2004, XV + 538 pp (170-175, nr. 187-189).

<sup>314</sup> Zie vanaf randnr. 323.

<sup>315</sup> D. LAGASSE, *La responsabilité des pouvoirs publics*, o.c. 205-206.

<sup>316</sup> R.v.St. nr. 24.709, MAESEELS, 4 oktober 1984.

<sup>317</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 2.2.; R.v.St. nr. 21.370, WALLAYS, 14 juli 1981 ; R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, nr. 8.3.3.4. ; Cass. 24 maart 1977, *Pas.* 1977, I, 789, A.C., 1977, 799 en 23 april 1981, *Pas.* 1981, I, 953, A.C., 1989, 954. "Ook aan het motief komt gezag van gewijsde toe, zij het geen autonoom gezag" (J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 123, nr. 32).

kunnen voeren, de noodzakelijke grondslag van de beslissing uitmaakt <sup>(318)</sup>. De kracht en het gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State gelden slechts voor hetgeen door dat rechtscollege zeker is gewezen <sup>(319)</sup>.

R. ERGEC wijst op het merkwaardige van de veelvuldig voorkomende schendingen van het gezag van gewijsde :

*« A première vue, l'obligation pour l'autorité de s'abstenir d'agir contre l'autorité de la chose jugée ne semble guère poser de problème. Le nombre d'arrêts du Conseil d'Etat soulevant d'office l'exception tirée de la violation de l'autorité de la chose jugée ou faisant droit à un moyen libellé en ce sens démontrent cependant le contraire » <sup>(320)</sup>.*

77. In bepaalde gevallen zal, zoals aangegeven, het rechtsherstel meer vereisen dan wat de Raad van State in het dictum van zijn arrest kan geven, en zal inzonderheid uit de in het arrest deugdelijk bevonden vernietigingsgrond volgen dat de overheid nog tot een bijkomend rechtsherstel is gehouden <sup>(321)</sup>. In die gevallen houdt het gezag van gewijsde niet alleen een onthoudingsplicht <sup>(322)</sup> in ten aanzien van de overheid tegen wie de vernietiging is uitgesproken, maar ook een actieve handelingsplicht <sup>(323)</sup>.

---

<sup>318</sup> Cass. 8 juni 1984, R.W. 1984-85, 2056 ; Cass., 8 februari 1991, VEREERTBRUGGEN t/B.R.T., Arr. Cass. 1990-91, 617, R.W. 1991-92, 193-194.

<sup>319</sup> Cass. 23 april 1981, Arr. Cass. 1980-81, 961.

<sup>320</sup> R. ERGEC, *l.c.*, 17.

<sup>321</sup> Advies van 20 april 1990 van de afdeling wetgeving van de Raad van State over het voorontwerp van wet "tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State", Parl. St. Senaat, 1989-1990, nr. 984-1, 47, vn. 3.

<sup>322</sup> Het gezag van rechterlijk gewijsde van een vernietigingsarrest impliceert dat de voor de uitvoering van het arrest bevoegde overheid zich heeft te onthouden van handelingen die met de vernietiging onverenigbaar zijn (Benelux Gerechtshof, nr. A 87/1, 1 juli 1988, R.W. 1988-89, 145 ; noot K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Mys § Breesch, 2001, Gent, 129-140 nr. 61).

<sup>323</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, geciteerd door S. LUST, "De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale Belge pour la protection des oiseaux, nr. 55.155 van 13 september 1995", *l.c.* 377.

Indien bijvoorbeeld de verzoeker de vernietiging verkrijgt van de weigering om hem een benoeming toe te kennen, zal het vernietigingsarrest gezag van gewijsde hebben ten aanzien van het dictum en de onverbrekkelijk daarmee verbonden motieven ; aldus indien de verzoeker heeft aangevoerd dat de verplichting werd miskend hem met ingang van een bepaalde datum te benoemen, zal het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest voor de overheid de verplichting inhouden om verzoeker met ingang van die datum te benoemen.

Indien bijvoorbeeld de overheid een betrokkene ten onrechte niet aan een examen heeft laten deelnemen, volgt daaruit voor de overheid de verplichting om bij wijze van rechtsherstel, betrokkene aan een examen te laten deelnemen en, indien zij slaagt, haar in de (...) loopbaan in te schakelen alsof zij geslaagd was geweest voor dat examen waarvan zij ten onrechte werd uitgesloten (<sup>324</sup>).

Door het bestaan van dergelijke verplichtingen vast te stellen, treedt de Raad van State geenszins in de plaats van de administratieve overheid (<sup>325</sup>).

## § 2. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest

78. Het gezag van gewijsde van een *schorsingsarrest* (<sup>326</sup>) van de Raad van State betekent dat de uitspraak voorlopig - in afwachting van een eindarrest - als waarheid geldt en dat het door de administratieve rechter *prima facie* beslechte rechtspunt in het raam van een administratief kort geding niet opnieuw in vraag kan worden gesteld (...). Dit gezag is gehecht

---

<sup>324</sup> R.v.St. nr. 85.421, CORVERS, 21 februari 2000.

<sup>325</sup> R.v.St. nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999.

<sup>326</sup> Ook hier wordt het relatief gezag van gewijsde van de verwerping van een schorsing door de Raad van State niet besproken omdat dit niet relevant is voor het onderzoek. Zie uitvoerig over de rechtsgevolgen van de schorsing van tenuitvoerlegging door de Raad van State van een besluit houdende (weigering van) een milieuvergunning voor de vergunningstoestand van de betrokkene, G. VANDER STICHELE, "Wekt de Raad van State Lazarus tot leven ?", *Rec.Arr.R.v.St.*, 1995, 1-15 ; zie bijvoorbeeld ook D. VANHEULE, "Het administratieve kort geding. Commentaar bij art. 17 R.v.St.-wet", in X, *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, losbl., boek I, dl. III.I, titel III, 119-178 (153-156).

aan het dispositief van het arrest maar moet ook bij schorsing worden beoordeeld in functie van de specifieke motieven die de Raad van State tot de in het dispositief opgenomen beslissing hebben gebracht <sup>(327)</sup>. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest van de Raad van State is beperkt in die zin dat het, naar analogie met het bepaalde in artikel 1039 van het Gerechtelijk Wetboek, geen nadeel aan de zaak zelf toebrengt <sup>(328)</sup>. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest slaat niet op de grond van de zaak en bindt de annulatierechter niet <sup>(329)</sup>.

Door de schorsing komt met het gezag van gewijsde *erga omnes* <sup>(330)</sup> vast te staan dat aan het bestreden besluit een *vermoeden van onwettigheid* kleeft <sup>(331)</sup> doordat het middel ernstig bevonden werd <sup>(332)</sup>. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest verzet er zich niet alleen tegen dat de beslissing toch wordt uitgevoerd, maar ook dat door de overheid gepoogd wordt de schorsing te omzeilen <sup>(333)</sup>. Door de schorsing wordt de geschorste beslissing voorlopig van alle effect beroofd ; de schorsing heeft, wat de uitvoering of de toepassing ervan betreft, voorlopig dezelfde uitwerking als de vernietiging <sup>(334)</sup>. J. LUST is van oordeel dat dit, "wegens de

---

<sup>327</sup> R.v.St. nr. 70.589, MEERT, 9 januari 1998, *T.B.P.*, 1998, 686.

<sup>328</sup> R.v.St. nr. 49.886, DRIESSENS, 25 oktober 1994.

<sup>329</sup> R.v.St. nr. 72.929, DE BESTENDIGE DEPUTATIE VAN DE PROVINCIERAAD VAN OOST-VLAANDEREN, 2 april 1998.

<sup>330</sup> R.v.St. nr. 53.355, ROSSO en cons., 18 mei 1995.

<sup>331</sup> R.v.St. nr. 48.625, N.V. OUTLAND, 13 juli 1994 ; R.v.St. nr. 66.403, 1. de V.Z.W. MILIEUVERGUNNING HOFKWARTIER KOUTER, 2. de V.Z.W. DE WIELEWAAL, 27 mei 1997 ; E. LANCKSWEERDT, *Het administratief kort geding*, o.c. 22-26, nrs. 32-41.

<sup>332</sup> R.v.St. nr. 55.657, ROOSE, 12 oktober 1995 ; R.v.St. nr. 68.613, ROOSE, 2 oktober 1997.

<sup>333</sup> R.v.St. nr. 40.305, VALCKENAERS, 14 september 1992, aangehaald door J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c., 146 nr. 72. "Uiteraard", wordt in dat arrest gesteld, "doet verzoeker blijken van het door de wet vereiste belang bij de vernietiging van besluiten die met schending van het gezag van gewijsde van een op zijn verzoek uitgesproken schorsingsarrest genomen zijn" ; R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998.

<sup>334</sup> R.v.St. nr. 55.657, ROOSE, 12 oktober 1995.

*verschillende uitwerking van de schorsing in de tijd en de omstandigheid dat de schorsing het bestaan van de geschorste handeling laat voortbestaan, moet gerelativeerd worden"* <sup>(335)</sup>.

Het is in de regel daarom zo dat niet alleen de geschorste beslissing tot aanwijzing voor een bepaalde functie niet kan worden uitgevoerd, maar dat ook de ambtenaar in feite niet kan worden belast met het uitoefenen van de taken die aan die functie zijn verbonden <sup>(336)</sup>. Omgekeerd, bij schorsing van een ontslagbeslissing, heeft de schorsing van de tenuitvoerlegging tot gevolg dat de ontslagene voorlopig, d.i. totdat uitspraak is gedaan over het annulatieberoep, geacht wordt niet te zijn ontslagen zodat hij in principe weder in de dienst genomen moet worden <sup>(337)</sup>.

79. Om daaraan te ontkomen is de overheid in de mogelijkheid haar beslissing te heroverwegen <sup>(338)</sup>. Bij die heroverweging moet zij rekening houden met de door het schorsingsarrest met gezag van gewijsde vastgestelde vermoeden van onregelmatigheid <sup>(339)</sup>. Het schorsingsarrest en de motieven ervan zijn voor het bestuur immers nieuwe gegevens die het rechtens niet kan ignoreren <sup>(340)</sup>. Mèer nog, beslist het bestuur

---

<sup>335</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 145, 67.

<sup>336</sup> R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998.

<sup>337</sup> R.v.St. nr. 74.027, VERMEULEN, 2 juni 1998.

<sup>338</sup> R.v.St. nr. 71.396, CLAESSENS, 29 januari 1998 ; "Dat het schorsingsarrest (de overheid) niet verplicht tot remediërend handelen" (R.v.St. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001).

<sup>339</sup> Bij de heroverweging kan de verwerende partij er rekening mee houden dat door het schorsingsarrest met gezag van gewijsde is vastgesteld dat het middel nopens de schending van de materiële motiveringsverplichting ernstig is (R.v.St. nr. 39.777, VRIJENS, 23 juni 1992) ; moet zij acht slaan op de motieven die tot de schorsing hebben geleid (R.v.St. nr. 63.500, DE WINTER, 11 december 1996).

<sup>340</sup> R.v.St. nr. 44.586, B.V.B.A. K.L.M. AEROCARTO BELGIUM, 19 oktober 1993 ; R.v.St. nr. 73.148, B.V.B.A. FIRST SERVICE e.a., 21 april 1998. Wordt een benoeming geschorst, dan dient "redelijkerwijze" verwacht te worden dat de overheid, indien zij tot een nieuwe benoeming overgaat, rekening houdt met de motieven van het schorsingsarrest. Dat betekent dat of de benoemingsprocedure hernomen wordt in overeenstemming met de wettig bevonden benoemingsvoorwaarden of dat de overheid aantoonbaar waarom aan de overwegingen in het schorsingsarrest niet kan tegemoet gekomen worden. Opnieuw dezelfde



de door het schorsingsarrest geschapen toestand te remediëren, dan is het bestuur zelfs verplicht rekening te houden met de voor de schorsing in aanmerking genomen redenen (<sup>341</sup>) indien in het schorsingsarrest werd vastgesteld dat prima facie alleen de verzoekende partij kan worden aangesteld (<sup>342</sup>). De beslissing die een geschorste beslissing bevestigt, kan daarom niet geacht worden een louter bevestigende beslissing te zijn ; de nieuwe beslissing die genomen wordt na een schorsingsarrest moet steeds geacht worden te zijn genomen na een nieuw onderzoek van de zaak (<sup>343</sup>).

Aan het nadeel erdoor toegebracht kan dus veel vroeger een einde komen (<sup>344</sup>) doch een schorsingsarrest houdt niet de verplichting in om de geschorste beslissing in te trekken en een nieuwe beslissing te nemen (<sup>345</sup>). Wordt de geschorste

---

persoon benoemen zonder dit laatste te motiveren, is onwettig (R.v.St. nr. 51.142, KEIRSEBILCK, 16 januari 1995).

<sup>341</sup> Dat oordeelt de Raad van State ook in het arrest VERMEULEN nr. 100.761 van 13 november 2001. Eerder had de Raad van State op vordering van dezelfde verzoeker de schorsing toegewezen van zijn niet-heraanstelling op grond van de schending van vormvereisten. De overheid neemt een nieuwe beslissing waarbij verzoeker voor dezelfde periode niet wordt heraangesteld en met miskenning van dezelfde vereisten. De Raad van State stelt dat onder meer het gezag van gewijsde geschonden is van het eerder schorsingsarrest nr. 66.426 van 28 mei 1997 en van het vernietigingsarrest nr. 74.733 van 30 juni 1998. De vraag kan rijzen of de nieuwe beslissing ook het gezag van gewijsde schendt van het vernietigingsarrest nr. 74.773. Die vraag wordt in een noot bij eerderevermeld arrest nr. 100.761 opgeworpen (T.B.P. 2003, 214-215). Het vernietigingsarrest is immers gebaseerd op de vaststelling dat de verwerende partij geen verzoek tot voortzetting van de procedure heeft ingediend binnen de termijn van dertig dagen, bepaald in artikel 17 § 4bis van de R.v.St.-wet. J. LUST stelt dienaangaande dat de *"vernietiging van een benoeming om die reden geen enkele onwettigheid aanwijst waarmee de vernietigde handeling behept was"* en dat *"het gezag van gewijsde van een dergelijke vernietiging beperkt is en namelijk geen enkele bescherming biedt tegen of bij het overdoen van de vernietigde benoeming"* (J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 128 nr. 45). De zaak VERMEULEN doet er derhalve van blijken dat geschorst werd op grond van de schending van het gezag van gewijsde van het vorige schorsingsarrest.

<sup>342</sup> R.v.St. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001.

<sup>343</sup> R.v.St. nr. 44.586, b.v.b.a. K.L.M. AEROCARTO BELGIUM, 19 oktober 1993.

<sup>344</sup> R.v.St. nr. 39.777, VRIJENS, 23 juni 1992.

<sup>345</sup> R.v.St. nr. 71.396, CLAESSENS, 29 januari 1998.

beslissing ingetrokken, dan schendt deze intrekking niet het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest omdat een schorsing niet tot gevolg heeft dat de geschorste besluiten moeten geacht worden niet meer te bestaan (<sup>346</sup>). De overheid vermag nieuwe besluiten te nemen met dezelfde inhoud indien zij tegemoet is gekomen aan het motief dat tot de schorsing heeft geleid (<sup>347</sup>).

80. Ook bij weigeringsbeslissingen is de Raad van State van oordeel dat de schorsing tot gevolg heeft dat de overheid, geconfronteerd met het *prima facie* onwettig bevinden door de Raad van State van haar motief tot weigering, na heroverweging alsnog een positieve beslissing zou kunnen nemen (<sup>348</sup>). Een schorsing van de weigering een kandidaat toe te laten mee te dingen houdt in dat de overheid niet wettig kan beslissen om het omstredene toe te wijzen, of, zo kan worden geoordeeld inzake benoemingsprocedures, om te benoemen (<sup>349</sup>).

81. Wat een schorsingsarrest betreft, moet de verwerende partij - d.i. belangrijk terzake het onderwerp van dit werk - derhalve rekening houden met de voor schorsing in aanmerking genomen redenen ; doet zij dat niet dan mag de verzoekende partij daarin de weigering zien om nog tot een tijdige heroverweging van de oorspronkelijk aangevochten beslissing over te gaan. Ingeval met name uit het eerste schorsingsarrest

---

<sup>346</sup> R.v.st. nr. 69.470, STEPPE, 5 november 1997.

<sup>347</sup> Ibid. ; de overheid heeft de bevorderingsprocedure hernomen vanaf het punt waar ze fout is gelopen, met name bij het behoorlijk onderzoek van de kandidatuur van verzoeker.

<sup>348</sup> R.v.St. nr. 63.555, N.V. PROFILSTEEN, 12 december 1996 ; R.v.St. nr. 71.688, N.V. BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY, 9 februari 1998, noot W. DEFOOR, *Fisc. Koer.* 1998, 350 ; E. LANCKSWEERDT, o.c., 66 nr. 99 en de aldaar aangehaalde rechtspraak ; G. DEBERSAQUES "Alle weigeringsbeslissingen zijn vatbaar voor schorsing door de Raad van State", noot onder Raad van State nr. 80.941, DEMEULDRE, 14 juni 1999 (algemene vergadering), *R.W.* 1999-2000, 672 ; voor een overzicht van de totstandkoming van de rechtspraak terzake de schorsing van de fictieve weigeringsbeslissing, zie G. DEBERSAQUES "Knelpunten in de schorsingsprocedure voor de afdeling administratie. Een *prima-facie*-onderzoek van de primaire ontvankelijkheidsvoorwaarden van de vordering tot schorsing", in *50 jaar Raad van State*, Die Keure, 1998, 58-61, nr. 18.

<sup>349</sup> R.v.St. nr. 35.657, N.V. VAN GOETHEM en Zoon, 16 oktober 1990, noot D. D'HOOGHE, *R.W.* 1990-91, 813.

blijkt dat nog twee kandidaten mededongen voor dezelfde betrekking en uit dit arrest was gebleken dat, in acht genomen de aan de Raad van State voorgelegde gegevens, de *iure* slechts de verzoekende partij op de aanstelling gerechtigd was, kan deze partij uit de aanstelling van dezelfde kandidaat na het schorsingsarrest, de weigering van het bestuur afleiden om zich bij de heroverweging uit te spreken over de vraag of er deugdelijke motieven bestaan om verzoekster niet de oorspronkelijk in het geding zijnde aanstelling te geven <sup>(350)</sup>.

### § 3. De "veroordeling" door het arrest

82. Een vernietigings- en een schorsingsarrest "veroordelen" dus om niet te handelen in strijd met het gezag van gewijsde van het arrest <sup>(351)</sup>. Indien een vernietigingsarrest van de Raad van State niet zou veroordelen, wat gewezen Procureur-generaal E. KRINGS van oordeel was <sup>(352)</sup>, of geen "hoofdveroordeling" uitmaakt, visie van Eerste advocaat-generaal C. WAMPACH <sup>(353)</sup>, wat kan het dan nog wel anders betekenen ?

---

<sup>350</sup> R.v.St. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001.

<sup>351</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, overw. 8.3.3.3. ("Het woord "veroordeling" wordt in de uit het vroegere arrest overgeschreven overwegingen niet gebruikt. Daar was toen ook geen reden voor. Wat die overwegingen echter wel doen is een beschrijving geven van de rechtseffecten van het daarin bedoelde rechtsherstel, een beschrijving die in het geval waarop het aangehaalde arrest betrekking heeft, beantwoordt aan wat een veroordeling inhoudt") en 8.3.3.10 ("Wat voorafgaat resumerend kan men stellen dat, ook al blijft het dispositief van een vernietigingsarrest beperkt tot de gehele of gedeeltelijke vernietiging van een beslissing, de onverbreekelijke band tussen het dictum en de vernietigingsgrond die het dictum van het arrest de noodzakelijke ondersteuning geeft, tot gevolg heeft dat, indien de vernietigingsgrond behoort tot de soort als hiervoor is aangegeven, een vernietigingsarrest juridisch in werkelijkheid neerkomt op de veroordeling van de overheid om aan de verzoekende partij rechtsherstel te geven door het nemen van een bepaalde concrete beslissing, veroordeling die als zodanig formeel nog zichtbaarder wordt indien, wat als verplichting voor de overheid in de vernietigingsgrond vervat ligt, in een afzonderlijke considerans uitdrukkelijk geëxpliciteerd wordt"). Voor kritiek terzake, zie uitvoerig S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c., 216-233.

<sup>352</sup> E. KRINGS, Concl. bij Cass. 23 maart 1984, R.W. 1984-85, 24.

<sup>353</sup> Benelux-Gerechtshof, 1 juli 1988, R.W. 1988-89, 145, Concl. Eerste Adv-gen. C. WAMPACH, *J.L.M.B.*, 1988, 1201 : toen werd geoordeeld dat de Raad van State er niet toe bevoegd was een hoofdveroordeling uit te spreken, dit is een uitspraak waarbij de rechter beveelt iets te doen of niet te doen dan

"Als men een dergelijke "veroordeling" in een vernietigingsarrest niet leest, kan men dan nog stellen dat een arrest, met het voor iedereen bindend gezag van gewijsde, is uitgesproken, moet men dan niet veeleer stellen dat een rechtsgeleerde studie het daglicht heeft gezien, met het gezag of het gebrek aan gezag dat bepaald wordt door de kwaliteit of het gebrek aan kwaliteit van de rechtsgeleerdheid die ze vertoont ? Is het herstel van de rechtsorde "in abstracto" niet veel meer dan die rechtsgeleerde studie, en maakt het rechtsherstel bezorgd aan de verzoeker niet het echte effect van het arrest als arrest uit ? <sup>(354)</sup>

In dezelfde geest, ten aanzien van wat het Benelux-Gerechtshof in 1988 had geoordeeld in het raam van de vraag of de Raad van State toendertijd een dwangsom kon opleggen, met name dat een vernietigingsarrest zich beperkt, afgezien van het dictum, tot een oordeel omtrent de rechtspositie van de partijen en geen bevel inhoudt, wordt door J. BORRET gerepliceerd dat

*"Het Hof de indruk wekt dat de Raad van State niet zozeer een rechtscollège is dat concreet onrecht ongedaan moet maken, maar wel een Rechtsgeleerd Genootschap dat niet de burger maar de Wetenschap dient" <sup>(355)</sup>.*

De veroordeling ligt steeds besloten in het arrest. Zo de Raad van State zijn motiveringsplicht niet wil verwaarlozen, is hij ertoe verplicht te zeggen, wat het bestuur wel of niet had mogen doen en wat aan de overheid, ter uitvoering van het arrest, verboden is, wat de overheid mag of moet doen <sup>(356)</sup>. Het

---

wel een zaak te geven ; zie de noot van B. HAUBERT en CH. PANIER "L'astreinte et le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'Etat" (J.L.M.B., 1988, 79-119) ter gelegenheid van het stellen door de Raad van State van een prejudiciële vraag naar aanleiding van de zaak SERVAIS (R.v.St. nr. 27.479, SERVAIS, 28 januari 1987, R.W., 1988-1989 147; T. Gem. 1988 31, noot A. VANDENDRIESSCHE ; A.P. (T) 1989, 47, advies van toenmalig Auditeur J.CL. GEUS, A.P. (T) 1989, pp. 47 e.v.).

<sup>354</sup> BORRET, J., advies ter terechtzitting van 4 mei 1982, uitgebracht voor het arrest ZOETE II nr. 22.446 van 8 juli 1982, n. gepubl.

<sup>355</sup> BORRET, J., Recensie bij OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, l.c., 337.

<sup>356</sup> Ook aangehaald door J. LUST in zijn advies bij R.v.St. nr. 43.737, DRIESSENS, 7 juli 1993, T.B.P., 1993, 636.

kan, zoals aangehaald bij de omschrijving van het gezag van gewijsde, zowel om een negatieve, als om een positieve verplichting gaan, met name om een gebod om iets te doen in overeenstemming met de vernietigingsgrond :

*Ingeval bijvoorbeeld de wettigheid van een weigering volledig door de geldende voorschriften wordt bepaald, vestigt het gezag van gewijsde van de vernietiging door de Raad van State van die weigering voor de overheid de verplichting om ter uitvoering van het arrest het geweigerde te verlenen" <sup>(357)</sup>.*

Het centrale idee waar, door te oordelen dat de Raad van State geen "veroordeling" kan uitspreken, wordt aan voorbij gegaan is : door te vernietigen op een bepaalde grond, "veroordeelt" de Raad van State het bestuur onvermijdelijk tot de verplichting zich in de toekomst te gedragen overeenkomstig die grond, dat wil zeggen geen beslissing te nemen die de vastgestelde onwettigheid herneemt. Vermits dit soort van veroordeling in de vernietiging besloten ligt en vermits de wetgever de vernietigingsbevoegdheid aan de Raad van State heeft toegekend, heeft die wetgever, onvermijdelijk, meteen de bevoegdheid aan de Raad van State toegekend om dit soort van veroordeling "uit te spreken" en hij heeft diezelfde bevoegdheid meteen ontzegd aan de rechterlijke macht.

De vernietigingsbevoegdheid sluit onvermijdelijk de bevoegdheid in om aan te geven wat het bestuur wel had moeten doen (gebonden bevoegdheid) of niet had mogen doen (discretionaire bevoegdheid). Zo spreekt, het zij benadrukt, de Raad van State zich uit over een bepaalde vorm van rechtsherstel : het bestuur moet die bepaalde beslissing nemen (gebonden bevoegdheid), het bestuur mag die bepaalde beslissing niet nemen (discretionaire bevoegdheid). Zijn arrest dat die onvermijdelijke vaststelling inhoudt, heeft gezag van gewijsde, ook voor die vorm van rechtsherstel. Tot dit rechtsherstel - het nemen van de wettelijk verplichte beslissing, het niet

---

<sup>357</sup> R.v.St. nr. 19.765, OPPALFERS, 17 juli 1979 ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c. 56-57, nr. 103.

(meer) nemen van de onwettig geachte beslissing - wordt het bestuur dus "veroordeeld".

## **DEEL II. RECHTSBESCHERMING BIJ BENOEMINGEN DOOR DE RAAD VAN STATE**

### **HOOFDSTUK 1. DE Vernietiging door de Raad van State van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen bij gebonden bevoegdheid : ALGEMENE REGELING**

83. Na de begrippenomschrijving is het uitgangspunt van de verdere analyse de tweede hypothese zoals die in de Inleiding is aangeduid, met name die van de benoeming bij gebonden bevoegdheid. Een beschrijving van de wijze waarop de Raad van State ertoe is gekomen de weigeringsbeslissing om te benoemen bij gebonden bevoegdheid te vernietigen, is nuttig alvorens het eigenlijk studievoorwerp, de weigering te benoemen bij discretionaire bevoegdheid, vorm te geven.

De Raad van State heeft terzake gereageerd op het aanbrengen van een nieuw type vordering door de partijen. Er is immers een ogenblik geweest waarop de Raad van State ook de weigering van de overheid om te benoemen bij gebonden bevoegdheid evenmin in het dictum van het arrest inschreef. In dit Hoofdstuk wordt de ontstaansgeschiedenis van die rechtspraak overlopen ; elementen ervan kunnen mogelijks tot aansporing dienen om de derde hypothese waarnaar in de Inleiding wordt verwezen - de weigeringsbeslissing bij discretionaire bevoegdheid - te verwezenlijken.

84. De vernietiging door de Raad van State van een benoemingsbeslissing houdt juridisch, ofwel de mogelijkheid, ofwel de verplichting in dat de verzoeker de benoeming zelf door de uitvoering van het arrest krijgt. Het resultaat na de vernietiging is immers verschillend al naargelang de aangevochten beslissing een benoeming in de uitoefening van discretionaire dan wel van gebonden bevoegdheid betreft. Wat volgt betreft gevallen van het laatste soort bevoegdheid.

## **AFDELING 1. De weg naar rechtsbescherming bij gebonden bevoegdheid**

85. In de jaren zeventig werd het duidelijk dat diegenen die ten onrechte niet benoemd werden, wel hun geding voor de Raad van State vermochten te winnen maar het arrest eigenlijk beschouwden als de „dode mus“ (<sup>358</sup>). Ze werden immers door de gunstige uitspraak niet aangesteld of benoemd. De onmacht tegenover een arrest dat in gebonden bevoegdheid overwoog dat de verzoeker had moeten worden benoemd, maar zonder gevolg, opende een zoektocht naar een techniek om de overheid daartoe te verplichten. Een verzoeker die prioritair recht had op een aanstelling of een benoeming verwierf na een arrest op administratief vlak niets voor de periode waarvoor hij of zij had moeten zijn aangesteld of benoemd. Er was wel sprake van moreel herstel, en na een burgerlijke vordering zelfs financieel herstel, maar daar ging het de verzoeker niet om ; die wilde herstel in natura (<sup>359</sup>) en dat was zijn goed recht. Het voordeel van een annulatieberoep, zegt het arrest TIBAX (<sup>360</sup>), is dat de onrechtmatigheid niet wordt goedgeemaakt door het geven van een compensatie in geld, maar door het ongedaan verklaren van de negatieve beslissing door het wegnemen van de rechtsgevolgen ervan. De zin van een annulatieberoep is het nastreven van een rechtsherstellende beslissing (<sup>361</sup>) : vergoeding van schade is slechts een vorm van subsidiair rechtsherstel.

---

<sup>358</sup> Zo betiteld door J.P.H. DONNER in "Problemen van wetgeving", Deventer, 1982, 12, zie randnr. 424.

<sup>359</sup> E. KRINGS, Concl. bij Cass. 23 maart 1984, R.W. 1984-85, 32, die verwijst naar DELPEREE, waar laatstgenoemde opmerkt dat het bevel om een schade in natura te herstellen geen inmenging in de uitoefening van het overheidsgezag is, dat de schadevergoeding slechts een illusoire voldoening verschaft en dat alleen het wegnemen van de schade nuttig herstel oplevert (33). "Men weet", stelt A. VAN OEVELEN, "dat het herstel in natura, of beter gezegd, het herstel in specifieke vorm, prevaleert op de geldelijke schadeloosstelling" ("Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 maart 1984", l.c., 1413-1436, (1432).

<sup>360</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overweging ook geciteerd in overw. 8.3.3.2. van het arrest nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>361</sup> R.v.St. nr. 21.369, LEEMANS, 14 juli 1981.



Twee voor de Raad van State in de jaren zeventig gevoerde gedingen hebben geleid tot een prangend besef van de noodzaak om de onstentenis van een verplicht rechtsherstel na een vernietigingsarrest te verhelpen ; beide worden hierna bij wijze van illustratie besproken.

### § 1. de zaak Rondas

86. In de zaak RONDAS (<sup>362</sup>) wordt door een onjuiste interpretatie van de reglementering de verzoeker ten onrechte niet als eerste kandidaat gerangschikt. De Raad van State vernietigt de op grond van de onwettige rangschikking verleende benoeming. Niettegenstaande verzoeker Rondas bij een juiste toepassing van de reglementering met ingang van de datum van de vernietigde beslissing zelf had moeten zijn benoemd, weigerde de overheid daartoe na het annulatiearrest een beslissing te nemen (<sup>363</sup>).

87. Waar de overheid voorhield dat het verlenen van een retroactieve "ranginneming" anti-reglementair was en bij de Raad van State had kunnen worden betwist, kon dit zich geenszins voordoen. Dat rechtsherstel kon, enerzijds, niet in strijd zijn geweest met een wettelijke bepaling aangezien retroactiviteit is toegelaten onder meer in uitvoering van een annulatiearrest (<sup>364</sup>) en, anderzijds, indien zoals de minister

---

<sup>362</sup> R.v.St. nr. 15.246, RONDAS, 24 maart 1972.

<sup>363</sup> De toenmalige bevoegde minister, bij wie om zodanige wedersamenstelling van de loopbaan van verzoeker werd aangedrongen, antwoordde "*...dat het wettelijk onregelmatig is belanghebbende te benoemen met ingang van 1.9.1969 onder het voorwendsel dat betrokkene zijn verhaal bij de Raad van State heeft gewonnen. Inderdaad heeft de heer Rondas geen functie van eerste linotypist van 1.9.1969 af uitgeoefend en zulke benoeming zou zeker nagestreefd worden bij de Raad van State. Op zijn hoogst ben ik bereid aan belanghebbende een ranginneming te verlenen. Ik moet nochtans uw aandacht vestigen op het feit dat deze ranginneming ook anti-reglementair is en dat zij ook bij de Raad van State zou kunnen betwist worden.*" (Brief van minister VRANCKX van 24 mei 1972 gericht aan verzoeker). In de ogen van de jurist en de gewezen staatsraad van de Raad van State bleek het voordeel dat de vernietiging van de impliciete weigering zou opleveren, zelfs onregelmatig te zijn.

<sup>364</sup> Zie voetnoot 1502.

suggereerde, de rechtsherstellende beslissing zou worden aangevochten voor de Raad van State, zou dit annulatieberoep uiteraard worden verworpen wegens gebrek aan belang van de verzoekende partij die immers steeds na de benoemde - Rondas was immers de eerst geklasseerde - zou gerangschikt staan. Rondas retroactief benoemen was de enig mogelijke wettige uitvoering van het arrest.

88. Toch oordeelde de minister dat de betrekking na de vernietiging van de bevordering opnieuw vacant was en ze op normale reglementaire wijze moest worden begeven :

*"Ik loochen niet dat de heer RONDAS recht op een vergoeding zou hebben, maar deze vergoeding kan zeker niet bestaan uit een terugwerkende bevordering."*

## § 2. de zaak Vanuytven

89. De zaak VANUYTVEN <sup>(365)</sup> betrof een bevordering in het tweede niveau volgens strikte rangschikkingsregelen. Vanuytven als de best gerangschikte kandidaat vermocht een absoluut recht op de bevordering te laten gelden ; de derde gerangschikte (Segers) werd evenwel benoemd. De als tweede geklasseerde diende onder aanvoering van hetzelfde middel als door Vanuytven aangebracht, een annulatieberoep in bij de Raad van State. Al werd de bevordering vernietigd, verzoeker Vanuytven haalde daaruit geen concreet loopbaanvoordeel, terwijl zijn pensionering nabij was. Het afdwingen van een oplossing op administratief vlak was niet haalbaar gebleken omdat de overheid van oordeel was dat het dispositief van het arrest niets bevatte over een retroactieve bevordering van verzoeker.

90. Ook de burgerlijke rechter oordeelde toen dat de overheid nooit tot benoeming verplicht was, zelfs niet zo een betrekking vacant was en ze reeds vacant was verklaard. Dat de overheid bovendien door te benoemen de noodzaak tot benoemen had erkend terwijl de Raad van State de benoeming had

---

<sup>365</sup> R.v.St. nr. 14.442, VANUYTVEN-GOVERS, 13 januari 1971.

vernietigd, vermocht toen geen rechtsgrond te verschaffen om de fout aan te tonen. Dat de verzoeker door zijn absolute prioriteit toch een (afdwingbaar) recht op benoeming had verworven, was alsdan <sup>(366)</sup> niet terug te vinden in de rechtspraak van de Raad van State. Het is pas nadat in de zaak Rondas een oplossing was gevonden, dat besprekingen met de minister, gesteund op de in de zaak Rondas aangehaalde elementen, eveneens tot een oplossing voor verzoeker Vanuytven hebben geleid.

### § 3. Het vermelden van de impliciete weigeringsbeslissing in het voorwerp van het verzoekschrift tot nietigverklaring

91. De wil van een verzoekende partij om door het annulatiearrest juridisch de plaats in te nemen van de ten onrechte benoemde, was de grondslag van het idee om in het voorwerp van het verzoek tot nietigverklaring twee vorderingen te schrijven. Enerzijds de vordering tot vernietiging van de benoeming of aanstelling, anderzijds, de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing verzoeker te benoemen of aan te stellen.

92. Dat werd maar gedaan in zoverre een prioriteitsrecht op de benoeming bestond. Doel was derhalve de weigering te benoemen die als beslissing uit de benoeming en de dwingende rangschikking bleek, apart, te laten vernietigen. Die werkwijze werd aangegrepen bij een vrij groot aantal onwettige overheidsaanstellingen in het onderwijs. <sup>(367)</sup> <sup>(368)</sup>.

---

<sup>366</sup> Wij schrijven 1971.

<sup>367</sup> Het eerste verzoekschrift tot nietigverklaring dat ook de vernietiging vorderde van de impliciete weigeringsbeslissing, werd ingediend op 30 oktober 1974 en resulteerde in een afstand van geding met het arrest FAES nr. 17.142 van 2 september 1975 omdat verzoeker voldoening kreeg.

<sup>368</sup> Zie o.m. R.v.St. nrs. 19.178-19.182, SWENNEN, CUYPERS, DECLERCK, HANQUIER, LIESMONS, allen van 10 oktober 1978 ; R.v.St. nr. 20.530, STANDAERT, 22 juli 1980 ; R.v.St. nr. 21.993, UYTENDAELE, 9 februari 1982 ; R.v.St. nr. 22.274, MOMMEN, 25 mei 1982 ; R.v.St. nr. 22.275, VAN EXEM, 25 mei 1982 (mutatie) ; R.v.St. nr. 25.235, CLAEYS, 16 april 1985 ; R.v.St. nr. 25.384, DE CLOPPER, 29 mei 1985 ; R.v.St. nr. 25.574, VAN DEN BERGHE, 5 juli 1985 ; R.v.St. nr. 25.576, CEUPPENS, 5 juli 1985 ; R.v.St. nr. 25.578, GEBOERS, 5 juli 1985 ; R.v.St. nr. 25.581, NOWICKI, 11 juli 1985 ; R.v.St. nr. 25.584, SLECHTEN, 11 juli 1985 ; R.v.St. nr. 25.585, EYKENS, 11 juli

1985 ; R.v.St. nr. 26.129, ROSSENBACKER, 4 februari 1986 ; R.v.St. nr. 26.662, CHRISTIAENS, 17 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.743, SCHEPERS, 26 februari 1986 ; R.v.St. nr. 26.751, CROON, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.759, DE LOOF, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.761, GEENS, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.766, SVELKOUIS, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.767, VAN DEN HENDE, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.772, BOUDEN, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.774, MALFROOT, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.777, VANHAMEL, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.779, HAESENDONCKX, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 26.785, CHRISTIAENS, 26 juni 1986 ; R.v.St. nr. 27.430, ERNST, 16 januari 1987 ; R.v.St. nr. 27.510, VANDENHOUDT, 10 februari 1987 ; R.v.St. nr. 27.609, VAN WEYNSBERGE, 3 maart 1987 ; R.v.St. nr. 27.612, DYSERINCK, 3 maart 1987 ; R.v.St. nr. 27.631, VAN DE WALLE, 10 maart 1987 ; R.v.St. nr. 27.720, BERRIER, 24 maart 1987 ; R.v.St. nr. 27.863, VAN DE MOORTEI, 5 mei 1987 ; R.v.St. nr. 27.950, BAETENS, 19 mei 1987 ; R.v.St. nr. 27.862, LAUREYS, 22 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.138, PEETERS, 22 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.144, REYNDERS, 22 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.148, KIEKENS, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.150, VAN HOLLE, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.153, VERSTAETEN, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.155, DE WOLF, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.157, VAN WAEYENBERG, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.162, ANDRIES, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.163, DE WIT, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.164, ROTTIERS, 23 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.168, DUTHOY, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.169, VAN WULPEN, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.175, BORGERHOFF, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.176, WILLEMS, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.180, SMOLDERS, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.184, VANDERSCHAEVE, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.189, VANAVERBEKE, 24 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.191, CLARA, 25 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.195, MEULENIJSER, 25 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.204, MOONEN, 25 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.211, MICHIELSEN, 25 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.243, VAN COOLEN, 26 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.256, ROSQUIN, 26 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.527, BERRIER, 29 september 1987 ; R.v.St. nr. 28.549, VERMOTE, 6 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.579, JEANDARME, 13 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.580, BRANS, 13 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.584, GESTELS, 6 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.636, BOSMANS, 20 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.638, LEUNEN, 20 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.890, LUCIANI, 24 november 1987 ; R.v.St. nr. 28.891, WOUTERS, 24 november 1987 ; R.v.St. nr. 29.101, CORTHOUTS, 5 januari 1988 ; R.v.St. nr. 29.182, BOUDRY, 19 januari 1988 ; R.v.St. nr. 29.265, BOERJAN, 2 februari 1988 ; R.v.St. nr. 29.404, DE GROOTE, 23 februari 1988 ; R.v.St. nr. 29.462, CLAUS, 1 maart 1988 ; R.v.St. nr. 29.558, VANNESTE, 15 maart 1988 ; R.v.St. nr. 29.559, VAN ALBOOM, 15 maart 1988 ; R.v.St. nr. 29.769, COEL, 19 april 1988 ; R.v.St. nr. 29.771, GRANSARD, 19 april 1988 ; R.v.St. nrs. 30.122 en 30.123, VAN DEUN, 24 mei 1988 ; R.v.St. nr. 30.371, CLAUS, 21 juni 1988 ; R.v.St. nr. 30.374, VANDELANNOOTE, 21 juni 1988 ; R.v.St. nr. 30.375, GEERAERTS, 21 juni 1988 ; R.v.St. nr. 30.872, SAENEN, 27 september 1988 ; R.v.St. nr. 30.873, SCHEGERS, 27 september 1988 ; R.v.St. nr. 30.905, ALGOET, 4 oktober 1988 ; R.v.St. nr. 31.005, SAEY, 11 oktober 1988 ; R.v.St. nr. 31.086, VAN GLABEKE, 18 oktober 1988 ; R.v.St. nr. 31.550, VANDERSCHAEVE, 6 december 1988 ; R.v.St. nr. 31.683, BAECKELANDT, 10 januari 1989 ; R.v.St. nr. 31.684, CZESLAK, 10 januari 1989 ; R.v.St. nr. 31.685, HOEBERS, 10 januari 1989 ; R.v.St. nr. 31.686, PUNIE, 10 januari 1989 ; R.v.St. nr. 31.901, BAMBUST, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.902, SCHRAEPEN, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.903, JACOBS, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.904, ROELS, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.908, LINSKENS, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.909, SCHEPENS, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.910, SHEERLINCK, 7 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.958, FRARPONTS, 14 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.959, BECQUART, 14 februari 1989 ; R.v.St. nr. 31.960, SHRAETERS, 14 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.038, CARDINAELS, 21 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.039, KEMPENEERS, 21 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.040, VAN TIEGHEM, 21 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.042, DE CLERCK, 21 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.043, SOETAERT, 21 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.114, SCHOOLMEESTER, 28 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.115, DE DECKER, 28 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.116, VERBAETEN, 28 februari 1989 ; R.v.St. nr. 32.134, VAN CLEVEN, 7 maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.135, MEYERS, 7 maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.136, EECKHOUDT, 7

De door een ten onrechte niet aangestelde verzoeker op administratief vlak geleden schade kon slechts worden goedge maakt indien hem de aan zijn concurrent na een vernietiging ontnomen dagen zouden worden toegewezen. Tengevolge van die annulatieberoepen heeft zich de hierna beschreven evolutie in de rechtspraak van de Raad van State afgetekend.

#### § 4. De evolutie in de rechtspraak van de Raad van State

---

maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.217, TONNAER, 14 maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.218, VERCAMMEN, 14 maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.219, DENIE, 14 maart 1989 ; R.v.St. nr. 32.332, DE PAUW, 11 april 1989 ; R.v.St. nr. 32.333, AGNEESESENS, 11 april 1989 ; R.v.St. nr. 32.452, VAN MALDEREN, 25 april 1989 ; R.v.St. nrs. 32.453 en 32.454, DE GROOTE, 25 april 1989 ; R.v.St. nr. 32.455, LOWIJS, 25 april 1989 ; R.v.St. nr. 32.529, STIERS, 9 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.530, BUTTIENS, 9 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.531, GEUKENS, 9 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.626, DELSALLE, 23 mei 1989 ; R.v.St. nrs. 32.627, GIJSENBERG, 23 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.655, VAN DEN BROECK, 30 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.656, LUYTEN, 30 mei 1989 ; R.v.St. nr. 32.742, VALKIERS, 13 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.762, ALAERTS, 20 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.763, GESTELS, 20 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.764, HAENTJES, 20 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.793, VAN KAMPEN, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.794, ARIANI, 27 juni 1989 ; R.v.St. nrs. 32.795 en 32.796, DEWAELE, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.797, VAN CAMP, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.800, PIRLET, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.802, BEECKMAN, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.803, DEPREZ, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.804, TROUWEN, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.805, VANSTEENHUYSE, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.806, STRAUVEN, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.807, HERMANS, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 32.808, STINCKENS, 27 juni 1989 ; R.v.St. nr. 33.067, OVERBERGH, R.v.St. nr. 33.068, VAN CLEVEN, R.v.St. nr. 33.069, CALLEBERT, R.v.St. nr. 33.070, VANDENHOUDT, R.v.St. nr. 33.071, POELMANS, R.v.St. nr. 33.072, LOOSE, R.v.St. nr. 33.073, HAESSENDONCKX, R.v.St. nr. 33.074, BOGAERTS, R.v.St. nr. 33.075, TASSAERT, R.v.St. nr. 33.076, VAN DEN HOUTE, R.v.St. nr. 33.077, FRANSSEN, R.v.St. nr. 33.078, ROGGEN, R.v.St. nr. 33.079, TOCH, allen van 26 september 1989 ; R.v.St. 33.247, MOORS, 17 oktober 1989 ; R.v.St. nr. 33.288, SCHELFOUT, 24 oktober 1989 ; R.v.St. nr. 33.312, DEBOUVERIE, 31 oktober 1989 ; R.v.St. nr. 33.313, D'HONT ; R.v.St. nr. 33.314, ROGGEN ; R.v.St. nr. 33.315, CLAESEN ; R.v.St. nr. 33.316, STRAUVEN ; R.v.St. nr. 33.317, DE WOLF, R.v.St. nr. 33.318, ADRIAENS ; R.v.St. nr. 33.320, VAN GOMPEL ; R.v.St. nr. 33.322, HENDRICKX, allen van 31 oktober 1989 ; R.v.St. nr. 33.410, MACHIELS, 14 november 1989 ; R.v.St. nr. 33.411, NAESSENS, 14 november 1989 ; R.v.St. nr. 33.421, BEULLENS, 21 november 1989 ; R.v.St. nr. 33.531, BALCAEN ; R.v.St. nr. 33.532, VAN HERREWEGHE, 5 december 1989 ; R.v.St. nr. 33.680, VANDERWEGEN, R.v.St. nr. 33.683, SIMONS, beide van 19 december 1989 ; R.v.St. nr. 33.728, SAENEN, 9 januari 1990 ; R.v.St. nr. 34.350, GOOSSENS, 13 maart 1990 ; R.v.St. nr. 35.009, VAN DEN EYNDE, 22 mei 1990 ; R.v.St. nr. 35.224, THOMAS, 20 juni 1990 ; R.v.St. nr. 35.622, SWINNEN, 2 oktober 1990 ; R.v.St. nr. 35.783, VAN STEENHUYSE, 6 november 1990 ; R.v.St. nr. 35.923, D'HONDT, 4 december 1990 ; R.v.St. nr. 36.262, VAN BUTSELE, 22 januari 1991 ; R.v.St. nr. 114.008, DRAMAIX, en R.v.St. nr. 114.009, AUGUST, beide van 20 december 2002.

93. De eerste arresten die de vordering tot vernietiging van de weigeringsbeslissing te benoemen toewijzen, worden in 1977 gevelde : eerst aarzelend, later preciezer en meer affirmatief met de volledige juridische rechtvaardiging ervan in het arrest TIBAX <sup>(369)</sup> .

94. In het arrest DE POORTERE <sup>(370)</sup> laat de Raad van State de vraag om de impliciete weigeringsbeslissing juridisch als voorwerp van een vordering te kunnen kwalificeren, nog open : ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing wordt gesteld dat de aanstelling van verzoekers' concurrent *"niet kan worden begrepen als een impliciete weigering om verzoeker te benoemen, zodat dit gedeelte van verzoekers vordering - daargelaten of dit voorwerp van een vordering had kunnen zijn - wegvalt"* .

95. Het arrest HORION <sup>(371)</sup> overweegt dat de door verzoekster beoogde aanstelling inderdaad moest worden geacht aan haar toe te komen en stelt vast dat haar concurrente in strijd met de rechtsplicht die op de overheid rustte, werd aangesteld. Interessant is de overweging met betrekking tot de impliciete weigering, met name dat die vordering, daar ze *"in werkelijkheid volledig samenviel met haar eerste vordering, geen aparte behandeling nodig maakte"*. Het dispositief vernietigt uitsluitend de aanstelling van Meekers en *houdt geen besluit in aangaande de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing*.

Het arrest betreedt wel nieuwe paden waar het oordeelt dat, ingeval geen aanvaardbaar motief kan verklaren waarom de voorrang van verzoekende partij met betrekking tot het toewijzen van een leeropdracht is miskend, die opdracht moet

---

<sup>369</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980. Zie tevens P. BERCKX, "Problemen van de ontvankelijkheid van een verzoek tot rechtsherstel na rechtsweigering waarvoor in het geschreven recht geen oplossing te vinden is", *T.B.P.*, 1981, 342-365.

<sup>370</sup> R.v.St. nr. 17.997, DE POORTERE, 14 december 1976.

<sup>371</sup> R.v.St. nr. 18.091, HORION, 8 februari 1977.

worden geacht haar toe te komen vanaf de datum waarop de onregelmatige beslissing werd genomen.

96. In het arrest SEGERS (<sup>372</sup>) volgt de Raad van State een gelijkaardige gedachtengang, wat resulteert in de vernietiging van de weigering van de overheid te voldoen aan de rechtsplicht de verzoeker met ingang van de weigeringsbeslissing te benoemen. Het feit dat de overheid ter uitvoering van het arrest de verplichting heeft verzoeker met terugwerkende kracht tot 1974 - het arrest dateert van 1977 - te benoemen, kon in de rechtspraak van de Raad van State als spectaculair worden aangemerkt. Het was de eerste keer dat de Raad van State een weigering om met terugwerkende kracht te benoemen in het dictum schreef en dit zonder dat de verzoeker daar in het voorwerp van zijn beroep een aparte vordering van had gemaakt.

In het arrest SEGERS stelt de Raad van State dat

*"alhoewel de overheid nooit echt verplicht is te benoemen, zij evenwel een naar recht en redelijkheid aanvaardbare grond moet hebben om op haar beslissing houdende vaststelling van de noodzaak te benoemen terug te komen en dat, indien dergelijke grondslag in het dossier niet terug te vinden is, op de overheid de dwingende rechtsplicht rust de volgens de door haar voordien geobjectiveerde benoemingsvoorwaarden best gerangschikte kandidaat effectief te benoemen".*

De Raad van State oordeelt dat de door de gemeenteraad gehouden stemming neerkomt op een weigering te benoemen en geeft aldus juridisch vorm aan het in het voorwerp van het verzoekschrift omschreven "negatief besluit" van de

---

<sup>372</sup> R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977. De zaak beslecht een geschil over de benoeming van twee politieagenten, waarbij overeenkomstig de door de gemeenteraad vastgestelde reglementering de best gerangschikte kandidaat - verzoeker Segers - had moeten worden benoemd. Dat gebeurt niet en de gouverneur schorst het benoemingsbesluit van de niet-prioriteitsgerechtigde waarop de gemeenteraad de onregelmatige benoeming intrekt. In dat orgaan wordt met het oog op een nieuwe benoeming een stemming gehouden. Daar geen enkele kandidaat de volstreekte meerderheid der stemmen behaalt, beslist de gemeenteraad aan haar voornemen om te benoemen geen gevolg meer te geven. Door het feit echter dat de gemeenteraad eerst effectief had benoemd, bleek daaruit dat zij op dat ogenblik duidelijk en onmiskenbaar de noodzaak tot benoemen had vastgesteld.

gemeenteraad. Dit arrest bevestigt de ondertussen gegroeide rechtsovertuiging dat bij een onterechte benoeming die naderhand haar uitwerking is ontnomen door een intrekking of door een vernietiging, de eerst geklasseerde, precies doordat de overheid de noodzaak tot benoemen heeft erkend, op die benoeming een recht heeft verworven. Met die handelwijze staat dan immers vast dat er en wanneer er moet worden benoemd, tenzij er een deugdelijk motief is om dat niet te doen.

97. Ook in het arrest PLOEGAERTS <sup>(373)</sup> wordt gesteld dat het ogenblik waarop een betrekking vacant was en het ogenblik waarop effectief kon worden benoemd, geacht moet worden vast te staan indien eenmaal een bepaalde benoemingsprocedure werd ingezet en een bepaalde benoeming werd gedaan. Zo enkel de keuze van de benoemde onrechtmatig is, tast dit niet de benoemingsprocedure aan en al evenmin de beslissing dat er moet worden benoemd : op het ogenblik van de benoeming staat vast dat de betrekking van een titularis moet worden voorzien <sup>(374)</sup>.

98. Daar het dictum van het arrest de weigeringsbeslissing vernietigde om te voldoen aan de dwingende rechtsplicht verzoeker op proef te benoemen tot politieagent, en derhalve de verzoeker een retroactief rechtsherstel verschafte, betekende *dit arrest de eerste stap om de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum zelf in te schrijven* <sup>(375)</sup>.

---

<sup>373</sup> R.v.St. nr. 12.958, PLOEGAERTS, 15 mei 1968. De benoemingsverplichting bestaat op de datum van het proces-verbaal tot afsluiting van de verrichtingen van de examens.

<sup>374</sup> Zie voor dezelfde gedachtengang het arrest DE BLOCK : *"Wanneer nadien blijkt, niet dat de benoemingsprocedure en de benoeming, abstractie gemaakt van de uiteindelijk begunstigde, in rechte onmogelijk was, maar enkel dat precies alleen de keuze van de benoemde de geldigheid van de benoeming aantast"* (R.v.St. nr. 12.956, DE BLOCK EN CONSORTEN, 15 mei 1968).

<sup>375</sup> Terwijl de loopbaanreconstructie bij vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing teruggaat tot het ogenblik waarop het ten onrechte benoemd of aangesteld personeelslid zijn benoeming of aanstelling verwerft, werkt het besluit van dit arrest merkwaardigerwijze slechts terug tot op het ogenblik waarop, na intrekking van de onrechtmatige benoemingen, door de overheid werd geweigerd tot benoeming over te gaan en dus o.i. ten onrechte niet tot op de datum waarop de eerste onregelmatige ingetrokken benoemingen werden verricht.



99. De vermelding in het dictum van het arrest van de vernietiging van de impliciete weigering om te benoemen of aan te stellen, wordt het eerst aangetroffen in het arrest DAWANS van 13 mei 1977 (<sup>376</sup>).

100. Het in het arrest TIBAX (<sup>377</sup>) geponeerde standpunt, met name dat de eventuele andere kandidaten die evenzeer voor de onrechtmatig gegeven aanstelling hadden kunnen in aanmerking komen, bij de uitspraak van het arrest vervallen zijn van de retroactieve toepassing van de statutaire bepalingen, is reeds letterlijk in dit arrest weergegeven (<sup>378</sup>). Die, wat we noemen „deformatie-theorie“ (<sup>379</sup>), wordt uitgewerkt bij het onderzoek naar de wijze waarop gepoogd werd er de administratieve rechter toe te brengen de weigering te benoemen bij discretionaire bevoegdheid te vernietigen.

Stilstaan bij dit (basis)arrest TIBAX (<sup>380</sup>) is onder meer noodzakelijk omdat de rechtspraak nadien van de koppeling van

---

<sup>376</sup> R.v.St. nr. 18.274, DAWANS 13 mei 1977, gevelde samen met het arrest VERMESEN nr. 18.272 van 13 mei 1977 dat een identieke tekst aangaande de impliciete weigeringsbeslissing bevat.

<sup>377</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980. Zie ook "Toelating tot de stage.-Gecombineerde vordering tegen de benoeming tot stagiair van een andere kandidaat, eensdeels, en de weigering de verzoeker tot de stage toe te laten en hem te rangschikken na (onbeantwoord) bezwaar zijnerzijds tegen de administratieve mededeling van de afwijzing van zijn kandidatuur, anderdeels", weergave BERCKX, P., T.B.P., 1981, 302-306 en 342. S. LUST haalt dit arrest aan als voorbeeld van een verzoeker die zijn beroep slechts voor een bepaalde beslissing handhaaft (*Rechtsherstel...*, o.c., 212, nr. 138, vn. 828).

<sup>378</sup> Zodat de vernietiging der impliciete weigeringsbeslissing reeds van bij de aanvang ontegensprekelijk op een weldoordachte grondslag is gestoeld geworden. Het heeft nog een paar jaar geduurd vooraleer de Raad van State de juridische rechtvaardiging van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid volledig heeft uitgeschreven in het arrest TIBAX.

<sup>379</sup> De situatie wordt "gedeformeerd" door het proces. Daar wordt uitvoerig op teruggekomen onder randnrs. 223-235.

<sup>380</sup> Dat de motivering van de oplossing van dit arrest meer weg heeft van een handleiding in administratief recht, doet M. LEROY schrijven: "*Il s'agit d'un arrêt-fleuve (...) encombré de considérations de philosophie du droit surabondantes pour la solution du litige, et qui doivent être traitées comme des pages de doctrine plutôt que comme de la jurisprudence*" (LEROY, M., *Contentieux administratif*, o.c., 73, vn. 4). Een andere auteur vraagt zich

positieve beslissing en impliciete weigeringsbeslissing afstand heeft genomen <sup>(381)</sup> en dit zijn weerslag heeft gehad op de uitvoering van de arresten van de Raad van State. In deze zaak vordert verzoeker zowel de vernietiging van de toelating tot de stage van Van Asbroeck als de impliciete weigering hem tot de stage toe te laten. Wat de concretisering <sup>(382)</sup> van de impliciete weigeringsbeslissing in het mede aanvechten van een begunstigde gegadigde aangaat, leidt de door het auditoraat gevolgde gedachtengang naar het loskoppelen van de eerste vordering <sup>(383)</sup> <sup>(384)</sup>. In de optiek van het auditoraat moet de

---

over dit arrest af : *"Peut-on prétendre qu'il est totalement accessible aux fonctionnaires qui en auraient pris connaissance, et donc utilisable par ces derniers ? »* (V. FRANCK-DE CALLATAY, *"L'exécution..."*, l.c. 1-46 (44).

<sup>381</sup> Zie voetnoot 982 bij S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c., 251, nr. 160.

<sup>382</sup> Die "concretisering" van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing moet met precisie gebeuren. De rechtspraak luidt dat indien de vordering gericht is tegen de toewijzing van vacante uren aan "minder prioritair", alsook tegen de impliciete weigering om verzoeker daarin te reffecteren, zij louter hypothetisch is zodat zij, wat dit onderdeel van haar voorwerp betreft, niet ontvankelijk kan worden geacht (R.v.St. nr. 606, ADAM EN CONSORTEN, 8 december 1950 ; R.v.St. nr. 13.739, VAN EECKHOUT, 14 oktober 1969 ; R.v.St. nr. 13.876, DOUREE, 7 januari 1970 ; R.v.St. nr. 13.894, MOERMAN, 13 januari 1970 ; R.v.St. nr. 15.417, VAN DEN HEULE, 4 juli 1972 ; R.v.St. nr. 18.646, HEYLEN, 20 december 1977). De ontvankelijkheid qua belang kan gelinkt zijn aan het mede bestreden hebben van de impliciete weigeringsbeslissing (naast de vordering tot vernietiging van de aanstelling van de concurrent) omdat daardoor het annulatiearrest de overheid tot specifiek rechtsherstel verplicht en hieruit afdoende het blijvend belang blijkt (R.v.St. nr. 115.128, KONINCKX, 28 januari 2003).

<sup>383</sup> Het auditoraatsverslag stelt onder meer : *"(...) Dat de toelating tot de stage aan verzoeker geweigerd werd staat objectief vast. Dat deze weigering beslist werd, impliciet door andere kandidaten tot de stage toe te laten, staat voor ons vast. Waar het verzoeker (...) wezenlijk om te doen is, is door de Raad van State te horen verklaren (...), dat ten onrechte werd beslist hem niet tot de stage toe te laten. Bijkomstig moet normaal voor hem zijn - is dit niet zo dan kan hij het uitdrukkelijk verklaren en desgewenst afstand doen - dat hij deze weigeringsbeslissing zoekt in de beslissing Van Asbroeck tot de stage toe te laten. Aangezien dit bijkomstig moet geacht worden menen wij dat, nu blijkt dat deze negatieve beslissing niet in deze positieve beslissing begrepen is (minstens dat zulks niet bewezen is), het formeel voorwerp van het beroep mag gesplitst worden (...), en dat de eis tot vernietiging van de weigering verzoeker tot de stage toe te laten afzonderlijk op haar grondigheid onderzocht wordt".*

Tegenover de thesis van de auditeur dat het onmogelijk is de weigering te concretiseren in de aanstelling van Van Asbroeck wegens de marge waarbinnen de minister de betrekkingen uitkiest om de kandidaten tot de stage toe te laten, kan worden gesteld dat Van Asbroeck toch tot de stage werd toegelaten ofschoon zij na verzoeker gerangschikt stond en die rangschikking de minister bindt. Steeds in dezelfde hypothese dat de toelating niet zonder de toewijzing van een betrekking kan en omgekeerd, werd derhalve Van Asbroeck ook ten onrechte aangesteld. De Raad van State

overheid wegens haar discretionaire bevoegdheid beslissen welke stagiair de plaats zal moeten ruimen om de betrekking aan verzoeker met terugwerkende kracht te kunnen toewijzen.

De Raad van State heeft geoordeeld dat de toelating tot de stage van de verzoeker slechts mogelijk was ingeval een andere toelating tot de stage zou worden vernietigd omdat er geen twee kandidaten in dezelfde betrekking kunnen fungeren :

*"Wanneer uit de gegevens van de zaak nu blijkt dat alle te begeven betrekkingen toegekend werden, is het nodig dat de vordering tot vernietiging van de weigering verzoeker tot stagiair te benoemen zou gekoppeld zijn aan een vordering tot vernietiging van tenminste één benoeming tot stagiair van een kandidaat die minder goed gerangschikt moest worden dan verzoeker. Alleen door die koppeling zou, door de vernietiging van die stagiairsbenoeming, ruimte gemaakt worden voor de uitvoering van het arrest waarbij de weigering verzoeker te benoemen zou kunnen worden uitgesproken"* <sup>(385)</sup> <sup>(386)</sup> <sup>(387)</sup>.

---

kon de aanstelling van Van Asbroeck hebben vernietigd wegens het feit dat ze na verzoeker was gerangschikt en derhalve nooit voor verzoeker tot de stage had kunnen worden toegelaten. Die onregelmatigheid weggenomen, bleef derhalve minstens één betrekking vrij. Over de vraag of verzoeker al dan niet die specifieke betrekking zou ambiëren, hoefde de Raad van State zich overigens zelfs niet te buigen omdat, zoals uit de feitelijke omstandigheden van het geding bleek, verzoeker sedert 1971 werkte als tijdelijke in een betrekking die vacant was en waarvoor niemand had gekandideerd zodat niemand voor hem de plaats moest ruimen (verzoeker werd er overigens het jaar nadien als stagiair aangesteld) maar ook omdat de minister zijn beperkte vrije keuze van toewijzing behield. Verzoeker Tibax meende ten onrechte op de suggestie van het auditoraat om afstand te doen van de eerste vordering, te moeten ingaan ("Imprudement", schrijft P. LEWALLE (*Contentieux administratif*, o.c., 799). Verzoeker TIBAX wees er daarbij op dat hij "uitsluitend beoogde zijn toelating tot de stage te bekomen per 1 september 1974" ; die afstand is de oorzaak van het verlies van zijn zaak geweest.

<sup>384</sup> Het arrest TIBAX noch latere rechtspraak achtte dit mogelijk. Nadien heeft dezelfde kamer in een andere samenstelling die lokalisatie juridisch niet noodzakelijk geacht zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 39.416, OUSHOORN, 19 mei 1992 : "Wie de vernietiging vordert van de weigering hem een dienstaanwijzing te geven en doet gelden dat hij voorrang heeft op degene aan wie de dienst wel werd toegewezen, komt onmiskenbaar op tegen die toewijzing" ; de Raad van State vernietigt in dit arrest de toewijzing evenwel niet. In het arrest nr. 113.784, MAMPAEY van 17 december 2002 wordt geoordeeld dat, nu uit het verzoekschrift blijkt dat verzoeker ernaar streeft de omstreden betrekking te krijgen, tot bewijs van het tegendeel moet worden aangenomen dat wie voor zichzelf een betrekking wil, onvermijdelijk ook wil dat wie deze betrekking heeft gekregen eruit verwijderd wordt om voor hem plaats te maken, dat de vordering geacht mag worden mede tegen de toelating tot de stage of tegen de aanstelling van (een derde) te zijn gericht (zie ook R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997 en R.v.St. nr. 114.914, DE MUYNCK, 23 januari 2003).

<sup>385</sup> Die redenering is gesteund op de overweging dat de weigering om verzoekende partij tot de stage toe te laten onvermijdelijk de

## 101. Zo ook in bijvoorbeeld het arrest BENS :

*"Overwegende dat verzoeker inderdaad belang erbij heeft niet alleen om de onrechtmatigheid van de impliciete weigering hem te benoemen te doen vernietigen, maar ook om de vernietiging*

---

onrechtmatigheid impliceert van de toelating tot de stage van een ander personeelslid. Het is immers niet mogelijk twee personen voor één enkele betrekking aan te wijzen ; zo bijvoorbeeld kan de persoon die een bepaalde aangevraagde dienstaanwijzing geweigerd wordt, die weigering enkel nuttig met een annulatieberoep bestrijden indien hij tevens de vernietiging vordert van de aanwijzing van zijn concurrent voor de door hem geambieerde betrekking (R.v.St. nr. 20.880, PALMANS, 20 januari 1981 ; zie ook R.v.St. nr. 25.185, DE PRIJCK, 2 april 1985. In deze laatste zaak had verzoeker de beslissing aangevochten waarbij of de heer ECKEMAN of de heer DE BACKER als tijdelijk leraar werden aangesteld en waardoor impliciet geweigerd werd verzoeker als stagiair in één van deze betrekkingen aan te stellen. De Raad van State overweegt ten aanzien van het voorwerp dat aangezien de heer DE BACKER een kleinere anciënniteit had dan de heer ECKEMAN op een bepaalde datum, het beroep moest worden geacht gericht te zijn tegen de aanstelling van DE BACKER). Ingeval van vergelijkend examen, zou een vernietiging van de weigering om een kandidaat tot de stage toe te laten, de betrokkene geen nieuwe kans verlenen om alsnog benoemd te worden, indien hij niet de benoeming aanvecht van de na hem gerangschikte kandidaten die inmiddels benoemd werden (R.v.St. nr. 26.405, DE WOLF, 24 april 1986). De impliciete weigeringsbeslissing te bevorderen moet worden gelokaliseerd in de bevorderingsbeslissing ; het volstaat niet daartegenover in het voorwerp alleen de beslissing aan te vechten om een betrekking vacant te verklaren (R.v.St. nr. 32.800, PIRLET, 27 juni 1989, T.B.P., 1989, 704). Een verzoeker die aanvoert dat de overheid de rechtsplicht heeft hem te benoemen, heeft (slechts) belang bij de vernietiging van de benoeming van een concurrent indien die benoeming zijn eigen benoeming in de weg staat (R.v.St. nr. 71.988, VANBRABANT, 23 februari 1998).

<sup>386</sup> Bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 32.629, VOUCKX, 23 mei 1989 : Indien de toelating tot de stage van een personeelslid niet vernietigd kan worden, kan de weigering om verzoeker tot de stage toe te laten evenmin vernietigd worden. De reden daarvoor is dat slechts een bepaald aantal kandidaten tot de stage kunnen worden toegelaten. Indien de toelating tot de stage van een personeelslid kan worden vernietigd in de mate dat deze beslissing de toelating tot de stage van verzoeker in de tijd voorafgaat, is de koppeling tussen beide beslissingen wel mogelijk. Met andere woorden kan dan de weigeringsbeslissing om verzoeker tot stagiair te benoemen wel worden vernietigd omdat zij in dat geval binnen het bereik van de Raad van State is gebracht.

<sup>387</sup> Eigenlijk had verzoekende partij de weigering hem zijn eigen betrekking als stagiair toe te wijzen moeten bestrijden. Na hem gerangschikten werden tot de stage toegelaten zodat zijn prioriteitsrecht op de stagetoelating werd miskend. Nu er ook een betrekking vrij was, met name de betrekking waarin hijzelf als tijdelijke fungeerde, moest de benoemende overheid over een deugdelijk motief beschikken om hem in diezelfde betrekking zijn stage niet te laten vervullen. Impliciet bleek uit het feit dat die betrekking niet werd ingenomen, dat een zodanig motief niet aanwezig kon zijn. Er was niets dat zich tegen een stagetoelating kon verzetten, maar dit punt is in de zaak niet duidelijk geworden. Het probleem van het ruimte scheppen door de aanstelling van een ander te vernietigen, is dus ten onrechte op de gegevens van de zaak betrokken geworden; het volstond verzoeker in dezelfde betrekking in een andere hoedanigheid te laten presteren.

te vorderen van ten minste één benoeming van de aangestelde kandidaten ; dat het beginsel van de rechtszekerheid immers medebrengt dat benoemingen waartegen geen annulatieberoep bij de Raad van State aanhangig is gemaakt, ten aanzien van de benoemende overheid onaantastbaar worden zestig dagen nadat de wilsuiking van de benoemende overheid blijkt te zijn voltrokken door het vrijgeven van de benoeming ; dat de retroactieve reconstitutie van de carrière van verzoeker door de overheid derhalve maar mogelijk is - het beperkt aantal jaarlijks te begeven betrekkingen in acht genomen - indien hij, door het instellen van een annulatieberoep tegen ten minste één stagiairbenoeming, verhindert dat het de benoemende overheid aan ruimte ontbreekt om ter uitvoering van het annulatiearrest een retroactieve reconstitutie van zijn carrière als die van een ten onrechte voorbijgegangene kandidaat vorm te geven ;" <sup>(388)</sup>.

102. In het arrest VANHOOREN <sup>(389)</sup> volgt de toenmalige VIIde Kamer de inmiddels gevestigde rechtspraak. De gegevens van die zaak tonen aan dat een overheid zich er toe kan lenen de bevorderingsprocedure te laten aanslepen om de kandidaat van haar keuze te kunnen laten voorgaan. Een aantal betrekkingen van werkmeester voor scheepswerken werd vacant verklaard waaronder één voor de specialiteit van smid. Slechts twee kandidaten, te weten Vanstechelman en Vanhooren, kandideerden voor die functie ; beiden voldeden aan de voorwaarden voor benoeming, maar Vanstechelman bezat slechts het signalement "goed" zodat Vanhooren werd voorgesteld. Op het door Vanstechelman ingediende bezwaarschrift werd hem gemeld dat hij sinds 1973 nooit om een herziening van de beoordeling "goed" had gevraagd en op grond hiervan in de rangschikking voor bevordering op de tweede plaats na Vanhooren kwam. Bij ministeriële besluiten van 25 juli 1977 werden met ingang van 1 mei 1977, vijftien personeelsleden, waaronder echter noch verzoeker noch Vanstechelman, benoemd. Verzoeker, die bij de directeur-generaal informeerde waarom hij als voorgestelde kandidaat met de beoordeling "zeer goed", niet werd bevorderd,

---

<sup>388</sup> R.v.St. nr. 20.600, BENS, 30 september 1980. Met het oog op een retroactieve reconstitutie van de carrière is het noodzakelijk dat de betrekking vacant is. Dat is niet het geval wanneer de vernietiging van de bestreden beslissing niet de vernietiging met zich brengt van de benoeming van een ander (R.v.St. nr. 52.979, MARTENS, 18 april 1995).

<sup>389</sup> R.v.St. nr. 21.962, VANHOOREN, 4 februari 1982.

kreeg de indruk dat het bevorderingsvoorstel "bevroren" werd (<sup>390</sup>) in afwachting van de herziening van de beoordeling van zijn collega. Ondertussen had Vanstechelman inderdaad door zijn aanvraag tot herziening de beoordeling "zeer goed", verkregen en werd hij, zonder dat door de overheid werd besloten een nieuwe bevorderingsprocedure in te zetten, voorgedragen voor bevordering.

Op het door verzoeker ingediend bezwaar dat hij reeds in mei 1977 als enige die aan de voorwaarden voldeed, werd voorgesteld en ook als enige uit de gehele bevorderingsronde geen benoeming had verkregen, werd op laconieke wijze geantwoord dat de minister niet tot bevordering was overgegaan en de statutaire bepalingen moesten worden gevolgd. Vanstechelman werd met terugwerkende kracht bevorderd.

In het annulatieberoep wordt de nietigverklaring gevorderd van zowel het besluit waarbij Vanstechelman, met uitwerking op 1 november 1977, bevorderd wordt als van de beslissing waarbij impliciet geweigerd wordt verzoeker te bevorderen met ranginneming op 1 mei 1977. Het auditoraat kwalificeert het aanvechten van de bevordering en de weigeringsbeslissing als twee onderscheiden voorwerpen en beschouwt de benoeming van de concurrent als een declaratief feit (<sup>391</sup>) waaruit de impliciete weigering retroactief blijkt (<sup>392</sup>).

---

<sup>390</sup> Zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 39.103, FREDERICKX, 30 maart 1992 waarin wordt geoordeeld dat het niet geoorloofd is de datum van de benoeming, of de datum waarop aan de benoemingsvoorwaarden moet zijn voldaan, met opzet zo vast te stellen dat op die datum iemand die niet aan de benoemingsvoorwaarden voldoet en die men wil bevoordelen, eraan voldoet. In die zaak was de datum van inwerkingtreding van de bevordering met vier maanden uitgesteld, terwijl voor dit uitstel geen redenen werden aangevoerd.

<sup>391</sup> Bij het vernemen van de bevordering van zijn collega wist verzoeker met zekerheid dat de benoemende overheid geweigerd had hem in juli 1977 als prioritaire kandidaat tot die graad te bevorderen, zodat die bevordering kon worden bestempeld als een *declaratief feit*, d.w.z. een latere gebeurtenis die retroactief de onrechtmatigheid van een vroegere beslissing (in casu de impliciete weigering verzoeker te bevorderen), zou doen blijken. De nauwe samenhang tussen de impliciete, stilzwijgende weigering verzoeker in juli 1977 te bevorderen en het declaratief feit van de in maart 1978 aan Vanstechelman verleende bevordering bracht mede dat de onwettigheid van de weigeringsbeslissing onvermijdelijk een weerslag had op de wettigheid van de bestreden bevordering. De bestreden impliciete weigeringsbeslissing kon enkel een wettig bestaan hebben indien ze gegrondvest was op wettelijk toelaatbare

Aan te stippen valt dat het arrest stelt dat de twee voorwerpen van het beroep zodanig met elkaar verbonden zijn dat, waren ze vervat in twee verschillende verzoekschriften, ze in het belang van een goede rechtsbedeling zouden moeten worden samengevoegd. De overwegingen van het arrest zelf omvatten geen aanwijzingen omtrent het rechtsherstel. Waar verzoeker het voorwerp van zijn annulatieberoep had gepreciseerd in de zin van de aanduiding van de respectieve data van ranginneming, worden die data in het dispositief van het arrest niet meer opgenomen. Bijgevolg kon slechts uit de overwegingen aangaande de deugdelijkheid van de vernietigingsgrond worden afgeleid tot hoever het rechtsherstel zich moest uitstrekken en bleef het afwachten of de overheid, nu het dictum daartoe niet expliciet dwong, tot dergelijke maatregel zou overgaan. Toch verkreeg verzoeker Vanhooren volledig rechtsherstel, daar hij in 1982 werd bevorderd met ranginneming op 1 mei 1977.

103. De op de overheid rustende uitvoeringsplicht reikt echter niet verder dan wat in het *materiële voorwerp van het beroep* - en *dienvolgens het dictum van het arrest* - begrepen is. Er wordt gewezen op het belang hiervan bij het later onderzoek naar de mogelijkheid tot vernietiging van de weigeringsbeslissing bij discretionaire bevoegdheid en die thesis wordt gestaafd met de volgende zaak.

104. Een treffend voorbeeld zowel van een eigengereide overheid als van een overheid die van oordeel is dat de plicht tot handelen niet verder reikt dan het dictum, ligt vervat in de zaak VOLDERS (<sup>393</sup>). Verzoeker Volders verkrijgt van de Raad

---

motieven en die onwettige weigering bracht de onwettigheid van de latere bevordering van Vanstechelman mede.

<sup>392</sup> In het arrest nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI van 4 oktober 1999 wordt over een gelijkaardige situatie geoordeeld : verzoeker kon terecht in de benoeming van zijn collega's de impliciete weigering lezen hem te benoemen en die weigeringsbeslissing wordt als een voor annulatieberoep vatbare administratieve rechtshandeling beschouwd. De latere benoeming van verzoeker houdt de bevestiging van die weigering in.

<sup>393</sup> R.v.St. nr. 25.159, VOLDERS, 26 maart 1985.

van State een arrest waarbij de aanstelling van de heer Houbart wordt vernietigd. Uit de overwegingen blijkt duidelijk dat Volders had moeten worden aangesteld :

*"dat waar verzoeker naar gestreefd heeft, het verkrijgen van de betrekking te Tongeren is; dat zijn enig annulatiemiddel uitsluitend slaat op de toewijzing van die betrekking op zichzelf beschouwd; dat verzoeker alle voorwaarden vervult om met voorrang op Houbart de betwiste betrekking toegewezen te krijgen en dat het beoogde resultaat niet werd bereikt doordat die betrekking aan Houbart werd toegewezen".*

Tengevolge van de vernietiging van de aanstelling van Houbart, was Volders de enige rechthebbende op de betrekking ; het bestuur erkende dit niet omdat de Raad van State in het dictum van het arrest niet tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing had besloten.

105. Volders werd ertoe genoodzaakt een tweede annulatieberoep in te stellen ter precisering van het dictum van het eerste arrest (<sup>394</sup>). Maar terwijl dit verzoek tot precisering hangend was, plaatste de bevoegde overheid het aan Volders toekomend ambt op de lijst van de vacante ambten voor mutatie.

Zo was Volders verplicht nog een derde beroep in te stellen waarbij hij drie beslissingen bestreed, met name de tijdelijke aanstelling van Houbart als directeur, de opname van de betrekking op de lijst van de vacante ambten en de

---

<sup>394</sup> De Raad van State heeft aangenomen, aldus A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, dat ingevolge een algemeen procedurebeginsel dat voor de gewone rechter toepassing heeft gekregen in artikel 793 Ger. W., de Raad van State zoals ieder rechtscollege, bevoegd is om één van zijn arresten uit te leggen, op voorwaarde dat het arrest duister en dubbelzinnig is (o.c., 1002 nr. 953, vn. 105). "Alhoewel deze procedure niet uitdrukkelijk voorzien is in de Raad van State-wet noch in het procedurereglement neemt de Raad van State aan dat hij zoals elk rechtscollege zijn arresten kan uitleggen." (D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, "De administratieve dwangsom : dwangmiddel voor de tenuitvoerlegging van een arrest van de Raad van State ? - Het opleggen van een dwangsom in het kader van een vordering tot schorsing", in *De dwangsom*, LEUVEN, Jura Falconis Libri, 1999, 167, vn. 120) ; LEROY, M., o.c., 770 : "L'interprétation ne peut que préciser la décision première, dans la mesure où elle n'est pas claire."



impliciete weigering hem zijn (reeds jaren geleden impliciet geweigerde) mutatie te verlenen.

106. De griffie van de Raad van State liet de minister hangende het geding, het volgende weten :

*"In verband met de bekendmaking onder de te begeben betrekkingen van bevorderingsambten in het onderwijs in het Belgisch Staatsblad van 10 oktober 1985, van de vacature 402 R.N.S. Tongeren (blz. 14.777 sub D), gelast de Voorzitter van de IVe kamer Administratie van de Raad van State me ermede uw aandacht te vestigen op het verzoekschrift van dhr. P. Volders tot interpretatie van het arrest nr. 25.159 van 26 maart 1985 dat ertoe strekt die betrekking "in rechte toe te wijzen aan verzoeker".*

*Wordt op die vraag ingegaan, dan is er geen vacante betrekking."*

107. Volders vroeg een maand nadien om toewijzing van de betrekking aan de minister die hem onmiddellijk antwoordde :

*"Terwille van de pedagogische continuïteit en het algemeen beleid geef ik er, ten bate van de R.N.S., de voorkeur aan de situatie te behouden zoals ze op dit ogenblik is en dit tot het nieuwe arrest uitsluitseel geeft".*

108. Het auditoraatsverslag in het verzoek tot precisering van het dictum vindt het arrest nr. 25.159 niet duister noch dubbelzinnig en verwijst naar de overweging 2.2.1 ervan ; daarin wordt gesteld dat het beroep ontvankelijk is in zoverre het gericht is tegen het ministerieel besluit van 29 oktober 1982 en tegen de in dit besluit vervatte impliciete weigering hem, verzoeker, in die betrekking aan te stellen :

*"Indien erkend wordt, dat een besluit behalve hetgeen daarin expliciet wordt bepaald een andere, impliciete beslissing bevat, zijn beide noodzakelijkerwijs onverbrekkelijk met elkaar verbonden en brengt de nietigverklaring van het besluit tevens de nietigverklaring van hetgeen geacht wordt daarin vervat te zijn mee. Noch uit het dictum noch uit de considerans blijkt dat het de bedoeling zou zijn geweest het beroep wat de impliciete beslissing betreft af te wijzen. Geen van beide zijn duister of dubbelzinnig".*

Volders beaamt dit maar vraagt, omdat hij moeilijkheden vreest met betrekking tot de uitvoering, dat *expliciet* over de impliciete beslissing uitspraak zou worden gedaan. De rechter kan "verschrijvingen of misrekeningen" die in een door hem gewezen beslissing voorkomen, verbeteren, zonder evenwel de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen. Eventueel kan van "verschrijving" worden gesproken, indien men aanneemt dat in het dictum "vergeten" werd van de impliciete beslissing te gewagen (<sup>395</sup>).

Volders heeft nog jaren moeten wachten op het arrest dat dan uitsluitend gaf (<sup>396</sup>). De Raad van State heeft gepreciseerd dat hij in zijn vorig arrest, enerzijds heeft erkend dat de bestreden impliciete weigering besloten lag in het besluit tot aanstelling van de concurrent van verzoeker en, anderzijds, het annulatiemiddel gegrond heeft bevonden zonder enig onderscheid te maken tussen die aanstelling en de impliciete weigering, zodat de formele vernietiging van het aanstellingsbesluit, de onvermijdelijke vernietiging van de in dat besluit besloten impliciete weigering inhield. Indien erkend wordt dat een besluit naast de beslissing die er expliciet wordt in verwoord ook een andere, - impliciete - beslissing bevat, omvat de vernietiging van dat besluit zonder dat enig voorbehoud naar de inhoud ervan wordt gemaakt, in logica de vernietiging van de inhoud van het gehele besluit : de expliciete en de impliciete inhoud.

109. De Raad van State stelt dat hij, ingeval in het beroep naast de vernietiging van een formele beslissing ook de

---

<sup>395</sup> In het arrest VERENIGING DER BELGISCHE OMNIPRACTICI V.B.O. c.s., nr. 17.759 van 22 juli 1976 wordt het dictum van een arrest aangevuld met een nietigverklaring bij gevolgtrekking die in één van de overwegingen besloten was (zie ook R.v.St. nr. 25.466, DECORTE, 13 juni 1985).

<sup>396</sup> R.v.St. nr. 32.741, Verzoek van Paulus VOLDERS tot interpretatie van het arrest nr. 25.159 van 26 maart 1985, 13 juni 1989, T.B.P., 1990, 441 ; LEWALLE, P., o.c., 980, vn. 535).

vernietiging van de in die beslissing vervatte impliciete weigeringsbeslissing wordt gevorderd, die laatste beslissing ook uitdrukkelijk vernietigt maar dat dit echter overbodig is. Het is enkel nuttig voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer, opdat anderen, bij de interpretatie van het arrest niet staande zouden kunnen houden dat, aangezien de impliciete weigeringsbeslissing niet formeel is vernietigd, ze gewoon niet is vernietigd. In de zaak VOLDERS was dit nut beslist voorhanden, nu was gebleken dat de overheid ter uitvoering van het eerste arrest nr. 25.159 de omstreden betrekking niet aan verzoeker had toegewezen maar ze opnieuw had vacant verklaard. In 1989 wordt alzo de van 1982 daterende weigering om de aanstelling aan verzoeker te geven, formeel vernietigd.

110. Het kan niet worden ontkend dat VOLDERS zeven jaar heeft moeten wachten op iets waar hij op het eerste gezicht recht op had. Ondanks zijn aandringen werd hij na de uitspraak niet aangesteld. Bovendien heeft hij nog meer dan vier jaar moeten wachten op de uitleg van de Raad van State over hoe het te zijnen gunste uitgesproken arrest moest worden gelezen. Dit is een typegeval ten behoeve van de stelling dat de Raad van State toch best bij gebonden bevoegdheid onmiddellijk in zijn dictum de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing uitspreekt.

111. Uit de bovenstaande analyse blijkt concreet dat het ten opzichte van het bestuur noodzakelijk is de impliciete weigeringsbeslissing afzonderlijk te behandelen. Het bestuur had de redenering dat de impliciete weigering impliciet vervat zit in de expliciete beslissing niet willen aanvaarden en toepassen. Dat het arrest overweegt dat de betrekking aan verzoeker en alleen aan hem moet toekomen op grond van zijn voorrang, was voor het bestuur onvoldoende omdat het van oordeel was dat de Raad van State het in dat geval in het dictum zou hebben geschreven.

112. Het is derhalve voor de uitvoering van een arrest van belang dat de Raad van State de vernietiging van de impliciete

weigeringsbeslissing uitdrukkelijk tot uiting brengt. Immers, de volgende overweging die in verschillende arresten voorkomt (<sup>397</sup>), levert in de praktijk moeilijkheden op. Die overweging luidt dat

*"wanneer verschillende kandidaten zich voor een benoeming aanmelden, impliceert het besluit houdende benoeming van één van hen uiteraard de weigering om één van de anderen te benoemen ; wanneer op vordering van een geweerd kandidaat de vernietiging wordt uitgesproken van het benoemingsbesluit omdat verzoeker onrechtmatig werd geweerd, impliceert die vernietiging ook de vernietiging van de weigering de verzoeker te benoemen."*

Het is derhalve een gelukkige zaak dat de Raad van State besluit dat bij gebonden bevoegdheid het voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer dienstig kan zijn het niet te laten bij een impliciet mee vernietigen van de weigering de verzoeker te benoemen, maar die vernietiging formeel in het dictum van het arrest op te nemen (<sup>398</sup>). De laatste zin lijkt een toegeving te zijn aan het arrest TIBAX (<sup>399</sup>) dat de opvatting huldigt dat wat de geadministreerde concreet verkrijgt en wat uiteindelijk de overheid ter uitvoering van het arrest aan rechtsherstellende maatregelen moet nemen, *stricto sensu* mede afhangt van wat in het dictum wordt bepaald. Latere rechtspraak van de Raad van State oordeelt dat, zowel bij discretionaire als bij gebonden bevoegdheid, in de benoeming zelf de impliciete weigering vervat is om de niet-benoemde te benoemen zodat het van het motief van het arrest afhangt of er een weigering is om te benoemen die recht verschaft op benoeming.

113. De weigering om te benoemen in zopas geciteerd arrest VERSTEGEN impliceert geen recht op benoeming. Wanneer dat recht vastgesteld wordt in de overwegingen van het arrest, hoeft het niet nog eens in het dictum te worden ingeschreven : dat blijkt de teneur te zijn van die recentere rechtspraak. Toch leert

---

<sup>397</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 57.929, VERSTEGEN, 31 januari 1996.

<sup>398</sup> Zie bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996, overw. 2.1.

<sup>399</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.

alleen al de ervaring - naast o.m. het feit dat alleen wanneer een vordering in het dictum wordt vernietigd, de overheid er dwingend gevolg moet aan geven - dat de overheid in die omstandigheden bevreesd is te handelen. Het bestuur weet de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing steeds in het besluit van het arrest aan te treffen zodat bij afwezigheid daarvan door het bestuur a contrario geredeneerd wordt. In die zin dat het bestuur daaruit afleidt dat de Raad dan de impliciete weigeringsbeslissing niet wil vernietigen. De moeilijkheden die Volders ondervond om te verkrijgen waarop hij recht had, kunnen een aansporing vormen om ook bij discretionaire bevoegdheid, in specifieke omstandigheden, de rechtsplicht tot handelen vast te stellen.

**§ 5. Verfijning van de rechtspraak over de weigering te benoemen of aan te stellen in strijd met een door de overheid regelmatig opgemaakte rangschikking <sup>(400)</sup>**

114. De uitgangsvraag voor dit probleem zou als volgt kunnen worden geformuleerd : kan een voorrang op aanstelling worden ingeroepen door wie weliswaar beter geklasseerd is dan degene die is aangesteld, maar door wie niet als eerste geklasseerd is ?

#### 1. ABSOLUTE OF RELATIEVE PRIORITEIT

---

<sup>400</sup> De rangschikking op zichzelf, doorgaans een louter voorbereidende handeling, kan het voorwerp van een annulatieberoep vormen ingeval een kandidaat die niet op de rangschikkingslijst werd opgenomen hierdoor definitief nadeel wordt berokkend. Daar normalerwijze de kandidaten volgens de orde van rangschikking worden opgeroepen, staat die rangschikking ten opzichte van de niet opgenomenen, gelijk met een beslissing houdende weigering tot aanstelling. Wachten tot de beslissing houdende aanstelling is genomen, kan volgens sommige rechtspraak: *"De onjuiste rangschikking kan door een benadeelde kandidaat in een geding worden aangeklaagd, ingeval hem daardoor een aanstelling kan ontgaan : hij moet derhalve geen annulatieberoep tegen de rangschikking zelf instellen, maar kan de onwettigheid van de rangschikking aanvoeren binnen het raam van een beroep tegen de op grond daarvan verrichte aanstelling"* (R.v.St. nr. 29.117, DAVID, 12 januari 1988). Zie ook D. MAREEN, "De jurisprudentiële evolutie inzake de duur van tijdelijke aanstellingen in het Rijksonderwijs", *T.B.P.* 1988, 405-414.

115. De als rechtsgrond aangevoerde prioriteit kan *absoluut* zijn indien de verzoeker de best gerangschikte kandidaat is <sup>(401)</sup><sup>(402)</sup> en is *relatief* indien hij tegenover de benoemde de beter gerangschikte is, die geen alleenstaand recht kan laten gelden. Immers zijn er in dat geval kandidaten voorhanden die grotere aanspraken op de benoeming bezitten <sup>(403)</sup>. We onderzoeken beide omstandigheden.

## 2. VOORRANG AAN DE BEST GERANGSCHIKTE VERZOEKER BIJ VERSCHIEDENE ANNULATIEBEROEPEN WAARIN OOK DE IMPLICIETE WEIGERINGSBESLISSING WORDT AANGEVOCHTEN

116. Ingeval twee personen zich op hun voorrang beroepen om dezelfde aanstellingsbeslissing door de Raad van State te laten vernietigen : haalt de eerst ingediende zaak het of verkrijgt de best geklasseerde verzoeker de vernietiging ? Wat dan met de ander ?

117. Een voorbeeld ter situering : voor de Raad van State vorderen zowel verzoekende partij TOURNELLE als verzoekende partij VAN LOOY de nietigverklaring van de tijdelijke aanstelling van WAUTERS omdat dit aanstellingsbesluit aan hun uit de rangschikking blijkende aanspraken voorbijgaat. In het auditoraatsverslag in de zaak TOURNELLE wordt tot de onwettigheid van de bestreden aanstelling geconcludeerd zonder melding te maken van de mede bestreden impliciete weigeringsbeslissing. Bij het later opgemaakt verslag in het geding VAN LOOY is het onderzoek van de ontvankelijkheid van

---

<sup>401</sup> R.v.St. nr. 36.163, TREKELS, 7 januari 1991 ; R.v.St. nr. 64.993 en nr. 64.996, HURET, beide van 5 maart 1997 ; R.v.St. nr. 69.492, HURET, 7 november 1997.

<sup>402</sup> Wat de absolute prioriteit aangaat, kan ook het voorbeeld gelden waarin de verzoekende partij de enige juridisch geldige candidate is (R.v.St. nr. 31.748, DAULNE, 13 januari 1989).

<sup>403</sup> Absolute prioriteit bezit de kandidaat die als eerste werd gerangschikt terwijl de vijfde gerangschikte is benoemd ; relatieve prioriteit bezit de kandidaat die als derde is gerangschikt terwijl de vijfde gerangschikte is benoemd. Indien in het eerste geval de benoeming wordt bestreden, is de voorrang van verzoeker ondubbelzinnig vaststelbaar. Indien in het tweede geval de benoeming wordt bestreden, beschikken de eerste en tweede gerangschikte over meer aanspraken op benoeming.

de vordering aan de orde <sup>(404)</sup> : het beroep wordt onontvankelijk verklaard bij gebrek aan belang omdat de aanspraken van VAN LOOY op de in het geschil staande betrekking het moeten afleggen tegen die van TOURNELLE.

118. Het arrest VAN LOOY <sup>(405)</sup> dat die gedachtengang volgt, oordeelt dat door de vorderingen van beide verzoekers samen te voegen, zij de gelegenheid hebben gehad na te gaan of de hun gegeven rangschikking de goede was. Nu VAN LOOY die rangschikking niet had betwist, kon zij niet stellen dat de benoemende overheid was tekort gekomen aan de verplichting haar de tijdelijke aanstelling te geven <sup>(406)</sup>.

3. INDIEN DE AANSTELLINGEN VAN VERSCHIEDENE KANDIDATEN ZIJN AANGEVOCHTEN OP GROND VAN DE MISKENNING VAN DE VOORRANGSREGELING, KOMT ENKEL DE HET MINST GUNSTIG GERANGSCHIKTE IN AANMERKING VOOR Vernietiging <sup>(407)</sup> <sup>(408)</sup>

---

<sup>404</sup> "Indien de beide verzoekende partijen er zich toe beperkt hadden de vernietiging te vorderen van de aanstelling van WAUTERS, dan zou de Raad blijkbaar het eerst ingestelde beroep - dat van TOURNELLE, - kunnen inwilligen, om daarna het beroep van VAN LOOY af te wijzen, wegens gebrek aan voorwerp. Men weet echter dat zij beiden poneren dat de onrechtmatig aan WAUTERS toegekende aanstelling welbepaald aan hen werd onthouden. Kan de Raad van State, na eliminatie van de kandidaten die geen annulatieberoep hebben ingesteld, ook een van beide kandidaten die dit wel hebben gedaan, elimineren ten voordele van de andere en zodoende in rechte vaststellen dat de bestreden aanstelling moet geacht worden welbepaald aan die kandidaat onthouden te zijn en dus niet aan de andere?"

<sup>405</sup> R.v.St. nr. 18.976, VAN LOOY, 16 mei 1977.

<sup>406</sup> Zie bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 18.776, ORLANS, 21 februari 1978 : ingeval de bestreden aanstelling werd vernietigd op verzoek van een andere teleurgestelde kandidaat, heeft het beroep geen voorwerp meer ; R.v.St. nr. 18.272, VERMESEN, 13 mei 1977.

<sup>407</sup> P. BERCKX, "De ontvankelijkheid van één enkele vordering tegen meerdere beslissingen, genomen naar aanleiding van eenzelfde oproep tot de kandidaten", T.B.P., 1981, 254.

<sup>408</sup> Dat verzoekende partij voorrang had voor een mutatie moet echter slechts tot de vernietiging van één van de bestreden mutaties leiden, aangezien die vernietiging, waarmee de vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker de betreffende mutatie te verlenen gepaard gaat, volstaat om de geschonden wettelijkheid te herstellen. De mutatie van de laagst gerangschikte kandidaat komt voor vernietiging in aanmerking (R.v.St. nr. 35.438, GEERKENS, 10 juli 1990).

119. Ingeval één verzoekende partij verscheidene aanstellingen aanvecht samen met de impliciete weigeringsbeslissing haar aan te stellen, vernietigt de Raad van State slechts de aanstelling van diegene die in relatie tot de anderen wiens aanstelling bestreden is de laagste plaats in de rangschikking inneemt. Dat slechts de aanstelling van de minst gunstig gerangschikte wordt vernietigd, wordt geïllustreerd door twee binnen het raam van de hier behandelde problematiek gelijklopende arresten (<sup>409</sup>). Een verzoekende partij vordert niet alleen de vernietiging van de benoemingen van zes concurrenten maar tevens de vernietiging van de weigering haar aan te wijzen ; verzoekster kan evenwel niet voor meer dan één voltijdse betrekking worden aangewezen. De weigering haar te benoemen behelst slechts één betrekking en het gezag van de vernietigingsgrond werkt dan ook maar ten aanzien daarvan.

Indien de Raad van State enkel de zes benoemingen zou vernietigen, zou verzoekster, indien de overheid opnieuw zou benoemen, zes kansen hebben om opnieuw voor benoeming in aanmerking te komen. Daarentegen heeft de vernietiging van de weigering haar te benoemen als voordeel, niet dat de verzoekster *enkel* een kans krijgt op een benoeming maar dat in de vernietigingsgrond wordt vastgesteld dat de overheid de *verplichting* heeft haar retroactief een bepaalde benoeming te geven. Die vernietiging heeft derhalve een verderreikend gunstig effect voor verzoekster dan de enkele vernietiging van alle bestreden benoemingen kan opleveren en maakt de vernietiging van meer dan één benoeming overbodig.

120. Welke benoeming uiteindelijk voor vernietiging in aanmerking moet komen, wordt bepaald door de rechtsverhoudingen die voortvloeien uit de rangschikking die niet werd aangevochten en bijgevolg ten opzichte van alle in het proces betrokken personen definitief is. Een bindende rangschikking

---

<sup>409</sup> R.v.St. nr. 21.262, VANDEROYE en nr. 21.263, NUYTS, beide van 16 juni 1981; zie "Na te leven voorrang bij de toelating tot de stage van kandidaten rekenplichtig-correspondent", weergave P. BERCKX, *T.B.P.* 1981, 580-582.



van kandidaten doet tussen hen een reeks rechtsverhoudingen ontstaan die hierop neerkomen dat de lager gerangschikte kandidaat voorrang voor benoeming moet geven aan elke beter gerangschikte (<sup>410</sup>). Wat dus betekent dat de voorrang voor benoeming van de beter gerangschikte medebrengt dat de benoeming samen met de omstreden dienstaanwijzing van degene die in het kader van een geding als de laagst gerangschikte voorkomt, moet worden vernietigd (<sup>411</sup>).

#### 4. DE EERSTE (VASTGESTELDE) ONWETTIGE AANSTELLING MOET WORDEN AANGEVOCHTEN, ANDERS VERLIEST EEN VERZOEKER ZIJN BELANG OM LATERE ONWETTIGE AANSTELLINGEN TE BESTRIJDEN

121. Indien een verzoeker wacht met het bestrijden van een onwettige aanstelling waarvoor hij zelf in aanmerking komt en later een andere aanstelling aanvecht, zal de Raad van State zich afvragen waarom hij zich niet heeft gericht op de eerste kans die hem werd gegeven om zelf aangesteld te worden (<sup>412</sup>). De

---

<sup>410</sup> De overheid kan zich niet beroepen op enige discretionaire bevoegdheid om te oordelen dat een van die andere kandidaten beter geschikt is dan de verzoekende partij voor de toelating tot de stage, aangezien iedere discretionaire bevoegdheid van die aard haar ter zake ontzegt is. Daarom moet de benoemende overheid de vraag wie het best gerangschikt was, oplossen enkel rekening houdend met de verhoudingen tussen verzoeker en de ten onrechte benoemde (R.v.St. nr. 28.166, LAUWERS, 24 juni 1987). Zie ook R.v.St. nr. 28.167, LEMAHIEU van 24 juni 1987 waarin geoordeeld wordt dat, om de vernietigde benoeming over te doen, het bestuur na het arrest zich zal moeten beperken tot een rangschikking van verzoeker en van de aangevochten kandidaat alleen.

<sup>411</sup> Zie ook R.v.St. nr. 21.263, NUYTS van dezelfde datum. In het besluit daarvan wordt het rechtsherstel niet in de tijd beperkt.

<sup>412</sup> Die redenering volgt de Raad van State blijkbaar ten aanzien van het laten gelden van aanspraken op een *aanstelling*, niet ten aanzien van het laten gelden van aanspraken op een *benoeming*. Die laatste aanspraken gaan daardoor niet teloor, men kan ze alleen niet voor het verleden laten gelden (R.v.St. nr. 32.708, VAN DEN BRANDT, 6 juni 1989 : de aanspraken van verzoekende partij op vaste benoeming worden erkend, ook al heeft zij ze niet laten gelden zodra zij dat kon ; R.v.St. nr. 52.222, PLATIAU, 14 maart 1995 ; R.v.St. nr. 59.552, VAN GOSSEM, 8 mei 1996). De weigering om vast te benoemen zou onmogelijk kunnen worden gesitueerd in de beslissingen om een vroegere tijdelijke aanstelling eerst te verminderen en daarna te beëindigen en de verzoekende partij alleen maar om een tijdelijke aanstelling heeft verzocht. Er kan niet meer geweigerd worden dan wat is gevraagd. Is er niets gespecificeerd, dan komt het de verwerende partij toe uit te maken wat ze de verzoekende partij moet geven (R.v.St. nr. 48.866, LEEMANS, 6 september 1994).

Raad van State oordeelt dat in logica degene die bij diverse aanstellingen op dezelfde wijze onrechtmatig wordt voorbijgegaan, bij de rechter moet opkomen tegen de eerste aanstelling die is aangetast door de onwettigheid die hem dwars zit. Dat mag hij alleen nalaten als hij een aanvaardbare reden heeft om niet reeds de eerste onwettige aanstelling aangevochten te hebben en deze reden tijdens het geding opgeeft (<sup>413</sup>). Reden daarvoor is dat belangen van derden in het geding zijn (<sup>414</sup>). De rechtspraak houdt rekening met het element dat de nadien aangestelden dan mogelijk vroeger zouden hebben geweten dat ze hun carrière op een andere manier hadden kunnen opbouwen. De verzoeker die zich niet tegen de eerste hem bekende weigering tot benoeming, blijkend uit de benoeming van een ander, keert door middel van een annulatieberoep, miskent de verplichting om zijn rechtsaanspraken te doen gelden van zodra ze in zijn voordeel werkzaam zijn. Tenzij hij een deugdelijke reden aanvoert voor dat stilzitten, riskeert hij zijn beroep vervallen te zien wegens ontstentenis van belang.

Het arrest TIBAX schijnt toegieflijker te zijn waar het stelt dat het mogelijk is dat verzoeker een bepaalde benoeming in de reeks bestrijdt omdat hij - vrij oordelend over wat zijn persoonlijk belang is - de mening is toegedaan dat die of gene benoeming hem meer benadeelt of hem meer uitgesproken onrechtmatig voorkomt (<sup>415</sup>).

Ook in het arrest VOUNCKX overweegt de Raad dat de verzoekende partij het recht heeft haar beroep tegen een wel bepaald persoon te willen richten en niet tegen een ander (<sup>416</sup>).

---

<sup>413</sup> R.v.St. nr. 67.118, LESAGE, 27 juni 1997.

<sup>414</sup> Van het ongemoeid laten van voordien verleende aanstellingen hebben anderen geprofiteerd maar er is geen reden om nadien aangestelden een voordeel te ontnemen aan de mogelijke onrechtmatigheid waarvan ze geen schuld dragen.

<sup>415</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980 (overw. 7.6.). De benoeming van allen die na verzoeker zijn gerangschikt en voor hem benoemd worden, zijn te zijnen opzichte even grievend.

<sup>416</sup> R.v.St. nr. 32.629, VOUNCKX, 23 mei 1989. Luidens dit arrest mag de verzoeker in de loop van het geding niet nalaten te preciseren tegen wie zijn beroep in werkelijkheid is gericht indien blijkt dat in de betrekking die hij ambieert een andere persoon was aangesteld.

## 5. KUNNEN MOTIEVEN WORDEN AANGEVOERD OM VAN DE RANGORDE EN DUS VAN DE VERPLICHTING TE BENOEMEN AF TE WIJKEN ?

122. Om een vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing toegewezen te zien, moet de verzoeker uiteraard alle (benoemings- of aanstellings)voorwaarden vervullen <sup>(417)</sup> en zich kandidaat hebben gesteld voor vaste benoeming of tijdelijke aanstelling <sup>(418)</sup>. Anders kan in de bestreden aanstelling geen impliciete weigering worden onderkend om de verzoekende partij in de omstreden betrekking te benoemen en heeft het annulatieberoep geen voorwerp wat de impliciete weigering betreft. Maar het volstaat dan ook dat men aan de voorwaarden voldoet. Destijds pleegde de overheid in de meeste gedingen aan te voeren dat ze niet tijdig klaar kon zijn met vaststellen van de aanspraken van de kandidaten en dus met het opmaken van de rangschikking en dat ze daardoor geen rangorde had kunnen nakomen. De Raad van State noch de burgerlijke rechter <sup>(419)</sup> heeft die reden ooit aanvaard, ook al omdat er geen concreet element werd aangegeven waarom dat zo was <sup>(420)</sup>.

---

<sup>417</sup> R.v.St. nr. 20.198, REESKENS, 18 maart 1980.

<sup>418</sup> R.v.St. nr. 36.427, DE MOOR, 12 februari 1991.

<sup>419</sup> Ook de burgerlijke rechter aanvaardt het verweer van de overheid niet dat erin bestond dat "iedere normale, voorzichtige ambtenaar zich omtrent een prioriteitsregel inzake aanstellingen kan vergissen, dus de Minister ook, zodat de fout geenszins bewezen voorkomt", zie de uitspraken van de burgerlijke rechter bij het "pecuniair rechtsherstel", besproken vanaf randnr. 310.

<sup>420</sup> R.v.St. nr. 18.274, DAWANS, 13 mei 1977 ; R.v.St. nr. 18.509, SCHOUTERDEN, 25 oktober 1977 ; R.v.St. nr. 18.565, REYNDERS, 22 november 1977 ; R.v.St. nr. 18.674, COLIN, 10 januari 1978 ; R.v.St. nr. 19.363, HEUVELMANS, 16 januari 1979 ; R.v.St. nr. 19.365, STROOBANTS, 16 januari 1979. De Raad van State formuleerde dit steevast als volgt : "Het onvermogen van het bestuur om de voor de rangschikking (...) reglementair gestelde termijn in acht te nemen, terwijl geen uitwendige oorzaken, vreemd aan het bestuur, dat onvermogen tot gevolg hebben gehad, kan geen rechtvaardigingsgrond uitmaken die de overheid kan ontslaan van de op haar rustende verplichting een bepaalde rangschikking bij benoemingen in acht te nemen." en voegde daar al eens aan toe dat het geen verschil maakte of het gebeurd was uit "slordigheid of dienstbaarheid of berekening waarom het proces-verbaal niet tijdig bij de minister kon worden gebracht" (Bij wijze van voorbeeld : R.v.St. nr. 20.603, VAN ENGELAND, 30 september 1980).

123. Zoals besproken bij gebonden bevoegdheid mag de overheid slechts zeer uitzonderlijk, om voor de hand liggende redenen, afwijken van de verplichting een welbepaalde beslissing te nemen. Dergelijke reden is niet dat het dienstbelang zou zijn gediend door het woonachtig zijn van de kandidaat op een bepaalde afstand van de plaats waar hij zijn betrekking uitoefent <sup>(421)</sup>. Indien een bepaalde regeling een benoemingsverplichting <sup>(422)</sup> heeft ingeschreven, geldt die ongeacht de financiële middelen die de overheid hebben toegelaten de aanspraakmakende in dienst te houden <sup>(423)</sup>. Het personeelslid mag niet het slachtoffer zijn van een regeling tussen de subsidiërende overheid en de overheid die de bevoegdheid bezit tot benoemen indien het alle voorwaarden voor vaste benoeming vervult <sup>(424)</sup>. De omstandigheid bijvoorbeeld in het onderwijs dat een klas niet kan worden behouden, vermag niet de rechten met het oog op vaste benoeming die het betrokken personeelslid aan zijn of haar aanstelling ontleent, te krenken <sup>(425)</sup>. De overheid is ertoe verplicht een personeelslid dat geacht wordt de voorwaarden daartoe te vervullen, tot de stage toe te laten <sup>(426)</sup> en heeft een vernietigingsarrest de voorrang van de kandidaat-stagiair

---

<sup>421</sup> R.v.St. nr. 28.202, DE VOLDER, 25 juni 1987 ; R.v.St. nr. 28.203, DE KEYE, 25 juni 1987.

<sup>422</sup> R.v.St. nr. 25.376, GERRITS, 29 mei 1985; R.v.St. nr. 26.740, BACKELANTS, 26 juni 1986.

<sup>423</sup> R.v.St. nr. 55.918, VANDER MEULEN, 18 oktober 1995.

<sup>424</sup> Zie R.v.St. nr. 60.111, MATTHIJS, 12 juni 1996. In de arresten nr. 34.111, SIBILLE, 21 februari 1990, *T. Gem.*, 1990, 334 ; nr. 35.440, VANGHELUWE, 10 juli 1990 ; nr. 35.522, MICHIELS, 18 september 1990 en nr. 48.866, LEEMANS, 6 september 1994, heeft de Raad van State geoordeeld dat de subsidieregeling geen hinderpaal kan zijn voor een vaste benoeming. Zie ook R.v.St. nr. 36.162, THOMAS, 7 januari 1991 : het systeem van lestijdenpakket dat ertoe strekt het aantal betrekkingen vast te stellen van leerkrachten die gesubsidieerd zullen worden, kan de vaste benoeming niet in de weg staan ; R.v.St. nr. 53.227, ANTOINE, 10 mei 1995.

<sup>425</sup> R.v.St. nr. 28.833, REMION, 18 november 1987, *T.B.P.*, 1988, 612 : *"Die constatering (dat de klas niet kan worden behouden), machtigt de overheid niet om de bewoordingen van de beslissingen waarbij de betrokkene was aangesteld, a posteriori te wijzigen en om de rechten die hij daaraan kon ontleen met het oog op een vaste benoeming met terugwerkende kracht teniet te doen"*.

<sup>426</sup> R.v.St. nr. 27.788, SCHOONBRODT, 8 april 1987.

erkend, dan moet de oproep gehandhaafd blijven en moet de overheid zich uitspreken over de destijds ingediende kandidatuur terwijl het enige motief dat in dergelijke situaties geldig kan worden aangevoerd, afwezigheid is van de vereiste bekwaamheid (<sup>427</sup>). Ook "het belang van de onderwezenen" en de "onderwijscontinuïteit" vermogen niet te verantwoorden waarom aan de grotere prioriteitsaanspraken wordt voorbijgegaan. De overheid moet aan de voorranghebbende toelaten te beslissen welke betrekking haar voorkeur kan wegdragen (<sup>428</sup>).

***AFDELING 2 : Beperking van de vernietiging door de Raad van State van de impliciete weigeringsbeslissing in en door het belang van de partijen : de "gemoduleerde vernietiging" bij de weigeringsbeslissing (<sup>429</sup>)***

124. Slechts bij het ondergaan van een nadeel bestaat belang bij het indienen van het annulatieberoep (<sup>430</sup>). Dit determinerend element van een geleden schade als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het beroep verklaart dat de Raad van State in bepaalde gevallen slechts gedeeltelijk vernietigt of ook m  r vernietigt dan wat wordt gevorderd : alleen in die mate of ten behoeve van het herstel van datgene waarin de verzoekende partij wordt geschaad (<sup>431</sup>). Dus een handeling die

---

<sup>427</sup> R.v.St. nr. 38.063, SCHOONBRODT, 6 november 1991, *Adm. Publ.* (M), 1991, 141.

<sup>428</sup> R.v.St. nr. 117.486, THAENS, 25 maart 2003.

<sup>429</sup> Zie voor aspecten van wat wij de gemoduleerde vernietiging heten : P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 1007, nr. 542.

<sup>430</sup> Zie voor dat beginsel bijvoorbeeld R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980 (sub III, B, 1.3.3., 1.5.2., 2.6. en 6.8.) ; R.v.St. nr. 20.600, BENS, 30 september 1980 ; R.v.St. nr. 20.601, DILLEN, 30 september 1980.

<sup>431</sup> R.v.St. nr. 20.780, BEKE, 5 december 1980 : "Dat evenwel uit de gegevens van het dossier niet kan worden afgeleid dat de onrechtmatigheid die verzoeker benadeeld heeft, bedoeld was om speciaal Andrée DE VOLDER te bevoordelen, terwijl ook niet is gebleken dat Andrée DE VOLDER (...) niet voldeed aan de gestelde benoemingsvereisten ; dat het daarom past de ongunstige gevolgen van de nodig uit te spreken vernietiging (...) te beperken tot wat ter uitvoering van dit arrest vereist is om de retroactieve reconstitutie van verzoekers' carrière mogelijk te maken." ; R.v.St. nr. 37.041, VAN POUCKE, 22 mei 1991 : "(...) verzoeker geeft er in zijn procedurestukken blijk van dat wat hij aan de verwerende partij in wezen verwijt, is dat hij het slachtoffer is geworden van de ontstentenis van

integraal onwettig wordt bevonden, wordt eventueel gedeeltelijk vernietigd, met andere woorden "gemoduleerd" door het proces in de mate namelijk dat dit nuttig is voor de verzoekende partij. Pierre LEWALLE verdedigt het idee dat de rechter het voorwerp extensief mag interpreteren omdat hij voor het algemeen belang moet staan tegenover het individueel belang van de partijen met name de overheid, de verzoekende en de tussenkomende partij die per definitie voor hun belang opkomen (<sup>432</sup>).

125. Die „mate waarin“ kan verscheidene vormen aannemen. Het dictum kan ten eerste een beperking in de tijd inschrijven.

### § 1. Beperking in de tijd

In het dictum van het arrest VANDEROYE worden vooreerst de weigering te benoemen en de weigering verzoekster voor een voltijdse betrekking aan te stellen, vernietigd (<sup>433</sup>). Vervolgens vernietigt de Raad de benoeming van een bepaalde persoon en diens dienstaanwijzing doch enkel in de mate, d.i. *voor de duur dat die stagiairsbenoeming en dienstaanwijzing onbestaanbaar is, wegens de beperktheid van het aantal betrekkingen, met de verplichting om verzoekster vanaf een bepaalde datum een stagiairsbenoeming te geven*. Tenslotte wordt vernietigd, het later besluit dat de persoon waarvan de toelating tot de stage werd vernietigd, vast benoemt en een dienstaanwijzing geeft, alweer voor de duur dat het verwezenlijkt zijn van de voorwaarden voor een vaste benoeming van verzoekster is vertraagd.

Dezelfde modulering, dat wil zeggen *"enkel in de mate, d.i. voor de duur, dat de uitwerking in de tijd van de benoemingsbeslissing onbestaanbaar is met de vastgestelde verplichting om verzoeker te benoemen met uitwerking op een*

---

*voldoende uren voor hemzelf. Bij gegrond bevinden van zijn beroep zal de omvang van de door de Raad van State uit te spreken vernietiging dienovereenkomstig bepaald worden"* (verzoeker werd bovendien ten bedrage van 1.823.148 fr. schadeloos gesteld (Rb. Brussel, 19 september 1994, onuitg.).

<sup>432</sup> P. LEWALLE, o.c., 546 e.v. ; 974 nr. 533.

<sup>433</sup> R.v.St. nr. 21.262, VANDEROYE, 16 juni 1981.

bepaalde datum", motiveert de Raad van State in het arrest BENS uitvoerig als volgt :

" (...) Overwegende evenwel dat het past om, in het licht van de aangevoerde en deugdelijk bevonden vernietigingsgrond een nadere afweging te doen van het belang dat verzoeker heeft bij de vernietiging van de benoeming van (X) ; dat bij die afweging in de eerste plaats moet worden uitgegaan van de vaststelling dat die benoeming verzoeker maar benadeelt doordat het aantal vacante betrekkingen die op 3 april 1974 geacht werden vacant te zijn, op 24 werd gesteld, zodat de reden waarom verzoeker de vernietiging van de benoeming van één van de gelukkige kandidaten moet vorderen, hierin is gelegen dat verzoeker een benoemde moet wegdrücken om ruimte te maken teneinde met terugwerking tot 1 september 1974 zelf benoemd te kunnen worden ; dat, in de tweede plaats, ermede rekening moet worden gehouden dat het bestuur de gegevens die specifiek de situatie van (X) bepalen, niet onjuist heeft vastgesteld en haar onrechtmatige stagiairsbenoeming enkel het gevolg is van een rechtsdwaling begaan bij de vaststelling van de situatie van verzoeker ; dat niets doet vermoeden dat die dwaling werd begaan speciaal met de bedoeling (X) voor te trekken ; dat, in de derde plaats, het feit dat (X) tot stagiair werd benoemd, uiteraard tot gevolg heeft gehad dat ze nadien geen kandidatuur meer heeft ingediend, wat uiteindelijk betekent dat ze, ten gevolge van een rechtsdwaling van het bestuur, niet heeft gedaan wat ze, als niet op 1 september 1974 benoemde kandidaat, normalerwijze wel zou hebben gedaan, met name een nieuwe kandidatuur indienen voor het schooljaar 1975-1976 ; dat, op de vierde plaats, als niet onbelangrijk voorkomt dat niet betwist werd dat (X) rechtmatig voorrang had op de op haar volgende kandidaten die weliswaar niet werden benoemd, maar waarvan er ongetwijfeld zijn die voor het nieuwe schooljaar van 1975-1976 wel opnieuw, en met goed gevolg hun kandidatuur hebben ingediend, zich daarbij voor hun klasement kunnende beroepen op de tijdelijke diensten die ze eventueel tijdens het schooljaar 1974-1975 hebben verricht ; dat, anderzijds, toch moet worden voorkomen dat willekeur bij stagiairsbenoemingen in de hand wordt gewerkt, wat betekent dat niet kan worden afgezien van de sanctie bestaande in de vernietiging van één of meer in strijd met het gecorrigeerd klasement gegeven en voor de Raad van State bestreden stagiairsbenoemingen ; dat het, om de hiervoor aangehaalde redenen, in het onderhavige geval past de ongunstige gevolgen van de nodig uit te spreken vernietiging van de stagiairsbenoeming van (X) te beperken tot wat het belang van verzoeker vereist" (<sup>434</sup>).

---

<sup>434</sup> R.v.St. nr. 20.600, BENS, 30 september 1989.

Eveneens vernietigt de Raad van State eventueel slechts het deel van de benoeming van de bestreden kandidaat dat die van de verzoekende partij *in de tijd voorafgaat*. In de zaak VAN ALBOOM <sup>(435)</sup> vernietigt de Raad van State een toelating tot de stage. In het dictum vernietigt hij ook de weigering om de verzoekende partij tot de stage toe te laten en preciseert dat dit gebeurt in zoverre daardoor haar recht wordt geschonden om voor de bestreden toelating tot de stage te worden benoemd.

126. Wat indien het doormaken van de stage luidens het statuut een beoordeling moet krijgen ? Door de vernietiging van de weigering wordt verzoekende partij immers geacht tot de stage toegelaten te zijn geweest vanaf een bepaalde datum in het verleden, terwijl hij in de praktijk nooit functies als stagiair heeft uitgeoefend. De rechtspraak heeft rekening gehouden met de mogelijkheid dat het bestuur ter uitvoering van het arrest zou stellen dat men juridisch niet als stagiair kan worden aangesteld als er geen betrekking vrij is en heeft daarom overwogen dat het bestuur de verzoeker dan maar als fictief aangesteld moet beschouwen zonder hem een bepaalde betrekking toe te wijzen.

De Raad van State heeft dit in de overwegingen van het arrest opgenomen : ingeval hij de weigering tot benoemen vernietigt, moet er met de omstandigheid rekening worden gehouden dat de benoeming tot stagiair gepaard moet gaan met de aanstelling in een betrekking en dat de stagiair die in rechte niet als aangesteld kan worden beschouwd, ook niet geacht kan worden zijn stage te hebben vervuld en gedurende die periode dienstanciënniteit te hebben verworven. De Raad van State zegt dat één en ander verzoend kan worden door bij de reconstructie van de loopbaan van verzoekende partij haar niet alleen met terugwerkende kracht als benoemd te beschouwen maar ook als aangesteld in een betrekking met ingang van dezelfde dag zonder haar de betrekking in geding toe te wijzen <sup>(436)</sup>. De Raad van

---

<sup>435</sup> R.v.St. nr. 29.559, VAN ALBOOM, 15 maart 1988.

<sup>436</sup> In het arrest VANTONGERLOO oordeelt de Raad van State : "(...) dat ter uitvoering van het arrest verzoeker alleen maar als tot stagiair benoemd beschouwen, hem dus een zuiver theoretische genoegdoening zou verschaffen ; Overwegende dat bij de reconstructie van verzoekers loopbaan de verwerende



State oordeelt dat het belang van verzoekende partij volledig aan haar trekken komt indien de bestreden benoeming wordt vernietigd in zoverre die haar benoeming in de tijd voorafgaat. De administratieve rechter spreekt derhalve niet de vernietiging van de benoeming zelf uit, maar laat de datum van uitwerking van de benoeming niet voorafgaan aan de datum van uitwerking van de weigeringsbeslissing.

Wat het al dan niet effectief prestaties hebben geleverd, aangaat, is de Franstalige rechtspraak blijkbaar een andere mening toegedaan. In het eerste arrest DEHOVE <sup>(437)</sup> vernietigt de Raad van State de weigering verzoeker tot de stage toe te laten. In uitvoering van het arrest heeft de overheid verzoeker wel tot de stage toegelaten met ingang van september 1990, maar hem niet als stagiair beschouwd vanaf die datum. De Raad van State oordeelt dat de overheid terecht heeft gehandeld:

*"Considérant qu'en indiquant la manière dont il devait être pourvu à son exécution, l'arrêt nr. 38.711 n'a pas - et n'aurait pas pu - dispensé le requérant d'accomplir effectivement une période de stage et n'a pas consacré son droit à une nomination à titre définitif à l'expiration de cette période (...) (438)".*

Ook in het arrest TIBAX wordt geponeerd dat de retroactieve reconstitutie van de verdere loopbaan tijd en meerdere

---

*partij hem dan ook niet alleen als benoemd tot stagiair met ingang van 1 september 1986 zal moeten beschouwen, maar ook als aangesteld in een betrekking met ingang van dezelfde dag ; dat heeft verzoeker in de periode liggend tussen 1 september 1986 en de uitvoering van het onderhavige arrest als tijdelijk aangesteld personeelslid prestaties in het betrokken ambt geleverd, die prestaties beoordeeld zullen moeten worden overeenkomstig de regels (...) alsof zij vanaf 1 september 1986 geleverde prestaties als stagiair waren geweest ; dat heeft verzoeker in de genoemde periode als tijdelijk aangesteld personeelslid geen prestaties in het betrokken ambt geleverd, hij ter uitvoering van het onderhavige arrest zijn stage zal dienen te vervullen met dien verstande dat de aldus geleverde prestaties geacht zullen worden geleverd te zijn vanaf 1 september 1986 ; dat in beide gevallen verzoekers mogelijk recht op vaste benoeming zal ingaan op 1 september 1987 of 1 september 1988, volgens het ingevolge het statuut te maken onderscheid (...) "* (R.v.St. nr. 31.359, VANTONGERLOO, 22 november 1988).

<sup>437</sup> R.v.St. nr. 38.711, DEHOVE, 10 februari 1992.

<sup>438</sup> R.v.St. nr. 78.843, DEHOVE, 19 februari 1999.

opeenvolgende rechtsherstellende beslissingen kan vergen, in het geval dat het verloop van die loopbaan zo is geregeld dat proeftijden, examens, enz... zijn opgelegd om nieuwe loopbaanvoordelen te bekomen (<sup>439</sup>). Hier zou kunnen worden uit begrepen dat de Raad van State wel de retroactieve benoeming tot stagiair als rechtsverplichting kan aanmerken maar nog niet dat hij een verzoeker er kan van ontslaan de stageperiode effectief door te maken. Maar meer recente (Nederlandstalige) rechtspraak laat daarover geen twijfel bestaan. In het arrest CHAPMAN (<sup>440</sup>) wordt overwogen dat de verzoeker moet worden beschouwd als zou hij zijn stageperiode hebben vervuld, dat de beoordeling die hem juridisch moest worden toegekend als stagiair, die was welke hij als tijdelijke had gekregen en dat die *beoordeling werd geacht te gelden voor de fictief doorlopen stage*. Ook in het arrest AGNEESSENS (<sup>441</sup>) treft men de rechtsconstructie gehanteerd in het arrest CHAPMAN aan :

*"(...) bij de reconstructie van verzoekers loopbaan zal de verwerende partij hem niet alleen als benoemd tot stagiair met ingang van 1 september 1988 moeten beschouwen, maar ook als aangesteld in een betrekking met ingang van dezelfde dag ; heeft verzoeker in de periode liggend tussen 1 september 1988 en de uitvoering van het onderhavige arrest als tijdelijk aangesteld personeelslid prestaties geleverd, dan zullen die prestaties beoordeeld moeten worden (...) alsof zij vanaf 1 september 1988 geleverde prestaties als stagiair waren geweest ; heeft verzoeker in de genoemde periode als tijdelijk aangesteld personeelslid geen prestaties geleverd, dan zal hij ter uitvoering van het onderhavige arrest zijn stage dienen te vervullen met dien verstande dat de aldus geleverde prestaties geacht worden geleverd te zijn vanaf 1 september 1988 ; in de beide gevallen zal verzoekers mogelijk recht op vaste benoeming ingaan op 1 september 1989 of 1 september 1990, volgens het (statutaire) onderscheid..."*

## **§ 2. Beperking tot de vernietiging van de benoeming van degene met de minste anciënniteit**

---

<sup>439</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, sub III, B. 6.6. in fine.

<sup>440</sup> R.v.St. nr. 48.492, CHAPMAN, 5 juli 1994.

<sup>441</sup> R.v.St. nr. 32.333, AGNEESSENS, 11 april 1989.

127. Ten tweede kan het dictum zich, zoals aangehaald, beperken tot de vernietiging van de aanstelling van diegene met de minste anciënniteit.

Indien een verzoekende partij bijvoorbeeld het slachtoffer is geworden van de ontstentenis van een voldoende opdracht voor hemzelf en twee anderen, wordt de omvang van de vernietiging dienovereenkomstig bepaald en wordt alleen de aanstelling van het *personeelslid met de geringste anciënniteit* en de beslissing houdende beëindiging van de opdracht van de verzoekende partij vernietigd <sup>(442)</sup>. De vernietiging van één beslissing volstaat om de geschonden wettelijkheid te herstellen <sup>(443)</sup>.

### § 3. Beperking tot de omvang van de geleden schade

128. Het dictum kan zich ten derde ook beperken tot de omvang van de geleden schade.

De Raad van State vernietigde herhaaldelijk de bestreden benoeming slechts "*voor zoveel als nodig om het door (verzoeker) geleden wedde- en anciënniteitsverlies goed te maken*" <sup>(444)</sup>. Het auditoraat had die formule voorgesteld ; de verzoekende partijen stemden in met het in het verslag gemaakte voorbehoud, zo derhalve ook met die formule. De Raad van State kon derhalve niet buiten de vraag van de verzoekende partij treden en nam diezelfde formule in het dictum over <sup>(445)</sup>.

Of nog kan het dictum de vernietiging beperken tot de *voorsprong in graadanciënniteit* die de benoemde heeft verworven

---

<sup>442</sup> R.v.St. nr. 37.041, VAN POUCKE, 22 mei 1991.

<sup>443</sup> R.v.St. nr. 35.438, GEERKENS, 10 juli 1990.

<sup>444</sup> R.v.St. nr. 31.157, VAN MASSENHOVE, 25 oktober 1988. W. LAMBRECHTS heeft gesteld dat de filosofie van die rechtspraak was dat bij de vernietiging moet worden gezocht hoe die het gunstigst werkt voor verzoeker, maar dat tegelijkertijd voor ogen moet worden gehouden dat de minste verstoring van de rechtstoestanden moet worden nagestreefd ("Over de vernietiging voor zoveel nodig", *R.W.*, 1990-91, 1092).

<sup>445</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 38.485, VAN MAELE, 14 januari 1992 : "*(...)dat de Raad niet ultra petita mag gaan ; dat in geval van vernietiging hij dus hetzelfde voorbehoud zal moeten maken.*"

(<sup>446</sup>). Het aantal dagen dat in aanmerking moet worden genomen, is wat de verzoeker normaal gezien had moeten vervullen, zonder dat rekening moet gehouden worden met de vertraging waarmee de op onrechtmatige wijze benoemde persoon zijn functie heeft opgenomen (<sup>447</sup>). Integrale vernietiging van de benoeming zelf zou verder gaan dan het belang van de verzoekende partij nog kan verantwoorden, zou de rechtsorde onnodig verstoren en de benoemde onnodig schaden.

#### § 4. Beperking tot de vernietiging van de niet-benoeming van verzoeker

129. Het dictum kan zich ten vierde beperken tot de vernietiging van de niet-benoeming van de verzoeker.

Een vordering waarbij enkel de benoeming wordt aangevochten, kan worden gewijzigd in het dictum door daarin enkel de weigering de verzoekende partij te benoemen, te vernietigen zoals die impliciet besloten ligt in de benoeming (<sup>448</sup>). Het is dan uit de overwegingen van het arrest dat de overheid moet afleiden hoe ze er uitvoering moet aan geven.

130. Als variant kan het dictum zich beperken tot de vernietiging van de niet-aanstelling. Ingeval het niet de benoeming is die iemand ambieert aangezien hij reeds met het benoemingsambt bekleed is, maar indien hij alleen een aanstelling wil in één van de aan anderen toegewezen betrekkingen en de annulatiemiddelen uitsluitend betrekking hebben op de weigering één van die aanstellingen te verlenen, is het belang voldoende gediend door de vernietiging van die weigering. Het beroep wordt niet ontvankelijk geacht in zoverre

---

<sup>446</sup> R.v.St. nr. 25.642, HOMERIN, 18 september 1985 ; R.v.St. nr. 28.137, VAN LOOY, 22 juni 1987 (stage).

<sup>447</sup> R.v.St. nr. 43.593, DE LAMPER, 30 juni 1993.

<sup>448</sup> Zoals verder aangehaald (randnr. 132) zou, ingeval de benoeming zelf niet meer aanvechtbaar is wegens gebrek aan belang van verzoekende partij, toch apart de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen kunnen uitgesproken worden op grond van het moreel belang dat de verzoekende partij daarbij heeft (R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996).

het de benoemingen tot voorwerp heeft (<sup>449</sup>). In schorsingszaken wordt in dezelfde zin geredeneerd : in de zaak MOREELS beperkt de Raad van State de schorsing tot de aanstelling en laat de benoeming zelf onverlet (<sup>450</sup>).

De verzoeker kan zelf op de loutere vernietiging van de aanstelling aansturen. In de zaak MAESSCHALK wilde de verzoeker een betrekking verwerven, niet een benoeming laten vernietigen. De Raad van State overweegt dat de overheid maar zelf moet uitmaken welke betrekking aan verzoeker moet gegeven worden en welke betrekking de stagiair die door het vernietigingsarrest zijn betrekking ontnomen ziet, kan krijgen (<sup>451</sup>). Die laatste behoudt in dat geval wel zijn benoeming zodat het arrest ook hier niet meebrengt dat de prestaties die hij als stagiair geleverd heeft, rechtens als niet geleverd beschouwd moeten worden.

## § 5. Uitbreiding van het voorwerp

131. Kan het dictum zo worden geformuleerd dat het voorwerp van het annulatieberoep erdoor wordt „verengd“, dan kan het dictum ook dit voorwerp verruimen, zowel op vraag van de verzoeker als op eigen initiatief van de rechter.

Zo kan op vraag van de verzoekende partij het voorwerp worden uitgebreid. Indien doorheen het geding alleen bekend is geworden dat de overheid iedere vaste benoeming weigert op grond van een ondeugdelijk motief, kan de rechter ingaan op de vraag van verzoeker om uitbreiding van het voorwerp van het beroep tot de weigering om de aanvraag van verzoeker voor vaste benoeming in aanmerking te nemen voor verscheidene betrekkingen

---

<sup>449</sup> R.v.St. nr. 26.271, GHYSELS, 18 maart 1986. Omgekeerd wordt - maar dan is ook niet gebleken dat in wezen slechts werd beoogd de dienstaanwijzing te verwerven - in het arrest SCHOETERS geoordeeld dat, behoudens bewijs van het tegendeel, wanneer iemand een benoeming nastreeft, hij alleen geïnteresseerd is in het verwerven van die benoeming als essentieel en permanent element en niet in de dienstaanwijzing als accessorium en variabel element, waarmee de benoeming gepaard gaat (R.v.St. nr. 30.039, SCHOETERS, 10 mei 1988).

<sup>450</sup> R.v.St. nr. 63.780, MOREELS, 23 december 1996.

<sup>451</sup> R.v.St. nr. 36.903, MAESSCHALK, 30 april 1991.

(<sup>452</sup>). De Raad van State kan alle vaste benoemingen in de door verzoeker geambieerde betrekkingen vernietigen, mèèr derhalve dan strikt noodzakelijk met het oog op rechtsherstel. In het arrest LEMAITRE (<sup>453</sup>) oordeelt de Raad van State dat verzoeker er belang bij heeft om de benoeming van vijf personeelsleden vernietigd te zien in zoverre hij hierbij voorbijgestreefd wordt terwijl verzoeker dit initieel niet had gevorderd (<sup>454</sup>). De Raad van State stelt, het zij ook in dit verband aangestipt, niet bevoegd te zijn om aan verzoeker een benoeming toe te kennen : het beroep is op dit punt niet ontvankelijk (<sup>455</sup>). Er worden dan ook vernietigd, zowel de beslissing om verzoeker niet in vast verband te benoemen, als om hem niet op te nemen in de wervingsreserve samen met de beslissingen waarbij twee personen op proef worden benoemd en drie personen worden opgenomen in de reserve, in zoverre verzoeker hierbij voorbijgestreefd wordt.

In dezelfde zin, maar niet bij wege van een vernietiging, oordeelt de Raad van State in het arrest BERLIZE (<sup>456</sup>): als de Raad van State niet kan vaststellen welke benoemingen hun rechtsgrond vinden in de bestreden dienstnota en verzoeker niet

---

<sup>452</sup> Zie ook S. LUST over de uitbreiding van het voorwerp van het beroep, al dan niet gevraagd door de verzoekende partij (*Rechtsherstel...*, o.c, 42, nr. 28, vn. 171). Zie recent bijvoorbeeld R.v.St. nr. 114.914, DE MUYNCK, 23 januari 2003 : „Overwegende dat de vaste benoeming het logische gevolg is van een toelating tot de proeftijd ; dat zij een dermate rechtstreekse grondslag vindt in de er noodzakelijk aan voorafgaande toelating tot de proeftijd, dat zij een gevolgakte hiervan is waartoe de oorspronkelijke vordering mag worden uitgebreid (...)”.

<sup>453</sup> R.v.St. nr. 25.355, LEMAITRE, 23 mei 1985.

<sup>454</sup> De gegevens van de zaak waren de volgende : verzoeker moest van overheidswege aan een examen deelnemen, ook al had hij de leeftijdsgrens daartoe overschreden. De overheid wekte de verwachting dat verzoeker na het slagen voor het examen zou worden benoemd of in de wervingsreserve worden ingeschreven. Pas nadat verzoeker daadwerkelijk geslaagd is en zijn voorkeur voor een bepaalde diensaanwijzing geeft, deelt de overheid hem mee dat hij de leeftijdsgrens heeft overschreden. Verzoeker had eensdeels de vernietiging van de impliciete beslissing om hem niet in vast verband te benoemen en om hem niet op te nemen in de wervingsreserve van het vergelijkend examen van klerk gevorderd, anderdeels gevraagd om tot klerk benoemd te worden in de rangorde van de examenuitslag door „eventueel ten onrechte gedane benoemingen” te vernietigen.

<sup>455</sup> Zie ook R.v.St. nr. 14.479, VAN DE KERCKHOVE, 27 januari 1971.

<sup>456</sup> R.v.St. nr. 26.381, BERLIZE van 22 april 1986.

duidelijk maakt welke van die rechtshandelingen zijn belangen schaden, is het de Raad niet mogelijk alle of bepaalde van die benoemingen formeel te vernietigen ; hij overweegt dat, ondanks het feit dat de overplaatsingen of graadveranderingen niet ontvankelijk aangevochten zijn, het toch de verwerende partij zal toekomen, nu de dienstnota wordt vernietigd, om de benoemingen gedaan in toepassing van die dienstnota in te trekken. Het bestuur moet dan, na onderzocht te hebben welke betrekking aan de verzoeker toekomt, de anderen *herbenoemen*.

In de overwegingen stelt de Raad van State

*„dat het zaak is van de verwerende partij om uit te zoeken of, nu de enig kenbare reden voor de weigering van de erkenning van de aanspraken van verzoeker onwettig werd bevonden, deze aanspraak kan maken op een vaste benoeming in één van de door hem gevraagde betrekkingen en zo ja, op welke betrekking. Na dit uitgemaakt te hebben, kan de verwerende partij de vernietigde benoemingen waarop verzoeker geen aanspraak blijkt te kunnen maken, overdoen met terugwerkende kracht <sup>(457)</sup>.*

De Raad heeft hier de rechten van de verzoeker met bijzondere waarborgen omgeven, omdat verzoeker herhaaldelijk op grond van hetzelfde, niet geconcretiseerde, motief was afgewezen geworden. Nu verzoeker redenen had om te vrezen dat de overheid op onrechtmatige wijze voort zou beslissen, kwam een uitleg van de rechter over hoe te handelen, als nuttig voor alle partijen voor. Er kan terzake worden beklemtoond dat het aanbeveling verdient dat de Raad van State zelf aangeeft wat de vernietiging inhoudt. Dat gebeurde heel precies in het arrest PAULUSSEN : de Raad van State oordeelt dat verzoekende partij *erga omnes* <sup>(458)</sup> rechtens geacht moet worden steeds te zijn

---

<sup>457</sup> R.v.St. nr. 61.949, CLOOSEN, 25 september 1996 ; R.v.St. nr. 96.110, DEDRIE, 5 juni 2001 : "(...) dat het dan zaak van de verwerende partij zal zijn uit te zoeken voor welke van de door verzoekster geambieerde betrekkingen, haar aanspraken de grootste zijn; dat na dit uitgemaakt te hebben, de verwerende partij de vernietigde aanstelling of aanstellingen waarop verzoekster geen verdere aanspraak blijkt te moeten maken, zal kunnen overdoen met terugwerkende kracht;".

<sup>458</sup> De precisering "erga omnes" was aan het Rekenhof gericht, dat meent dat het te allen tijde op de wettigheid van overheidsbeslissingen kan toezien, zie de omvangrijke rechtsleer terzake zoals onder meer geciteerd door F. DE KEGEL en M. VAN DAMME, *Intrekking van de administratieve rechtshandeling*, Brugge, Die Keure, 1994.

geweest : sinds 1 mei 1976 toegelaten tot de stage ; sinds 1 november 1976 vastbenoemd ; sinds 1 april 1980 in het bezit van een principalaat en dat zulks geldt in alle opzichten, ook in wedde- en pensioenopzicht (<sup>459</sup>). Het arrest DE WEIRELD en cst. verwijst ook expliciet naar het feit dat door de vernietiging, de verzoekende partijen geacht worden een bepaalde graad te bezitten en dat dit door het Rekenhof moet worden gerespecteerd wat de corresponderende wedde en pensioen aangaat (<sup>460</sup>).

In de zaak DEWAELE wordt door de verzoeker enkel de vernietiging gevorderd van de voordracht van kandidaten in zoverre deze beslissing de afwijzing van zijn kandidatuur inhoudt ; de Raad van State vernietigt deze beslissing en vernietigt daarnaast een benoemingsbesluit in zoverre dit het oordeel impliceert dat het niet bezitten van een bepaald diploma, de kandidatuur van verzoeker voor een bepaald ambt onontvankelijk maakt (<sup>461</sup>).

132. Soms is het niet langer nodig dat de partijen of de rechter uitmaken welke betrekkingen in het gedrang komen na het arrest omdat de verzoeker niet meer effectief zijn functie zal kunnen uitoefenen. In de zaak VAN HERREWEGHE (<sup>462</sup>) wordt geoordeeld dat verzoeker, die de te zijnen opzichte genomen weigering om bevorderd te worden zocht in minstens één van de bestreden bevorderingen, tengevolge van zijn pensionering bij vernietiging niet meer daadwerkelijk zou kunnen worden bevorderd ; hij moet derhalve genoegen nemen met een reconstructie van zijn loopbaan. Dat onderstelt slechts een belang bij de vernietiging van de in de bestreden bevorderingen vervatte weigering om verzoeker te bevorderen. Ingevolge die beperking is het niet nodig vast te stellen in welke van de bestreden bevorderingen precies de impliciete weigering besloten is. In de zaak DE BIE (<sup>463</sup>) was de benoemde ook

---

<sup>459</sup> R.v.St. nr. 28.934, PAULUSSEN, 1 december 1987, punt 2.1.2.

<sup>460</sup> R.v.St. nr. 30.159, DE WEIRELD en cst., 26 mei 1988.

<sup>461</sup> R.v.St. nr. 25.573, DEWAELE, 5 juli 1983.

<sup>462</sup> R.v.St. nr. 30.572, VAN HERREWEGE, 30 juni 1988.

<sup>463</sup> R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996.



overgeheveld worden naar een juridische entiteit waarin de verzoekende partij niet meer met hem in concurrentie kon komen (<sup>464</sup>). In die zaak heeft de Raad van State zelfs enkel de impliciete weigeringsbeslissing vernietigd omdat er geen juridische ruimte moest worden gemaakt voor rechtsherstel.

## § 6. Uitlegging door de Raad van State van de omvang van de vernietiging

133. De Raad van State kan opnieuw worden aangesproken om te verklaren hoe zijn arrest moet worden begrepen (<sup>465</sup>). Dat ondersteunt hetgeen bij het bespreken van de impliciete weigeringsbeslissing bij discretionaire bevoegdheid wordt bepleit, met name dat de Raad van State zo veel als mogelijk in de overwegingen zou omschrijven wat de vernietiging inhoudt, nog los van het feit dat hij in bepaalde gevallen een bijkomende vordering zou moeten toewijzen. De arresten DE WILDE en PIETERS (<sup>466</sup>) zijn een mooi voorbeeld daarvan : daarin legt de Raad van State uit wat onder de vernietiging van de aanstellingen van twee leerkrachten moet worden begrepen (<sup>467</sup>). De raadsman van de verzoekende partijen is ertoe verplicht geweest opnieuw de Raad van State aan te spreken nadat hij gevraagd had aan de Minister om het arrest op administratief en financieel vlak uit te voeren, onder aanvoering dat dit een benoeming en een aanstelling met ingang van een bepaalde datum inhield. De administratie, met instemming van de minister,

---

<sup>464</sup> Wanneer de verzoeker en de tussenkomende partij niet meer behoren tot hetzelfde departement of tot dezelfde rechtspersoon, vervalt in de regel het belang bij het beroep indien de verzoeker geen recht op benoeming kan laten gelden (R.v.St. nr. 28.784, WAGEMANS, 12 november 1987 ; R.v.St. nr. 30.271, TERRIJN, 9 juni 1988 ; R.v.St. nr. 35.643, NIEUS, 10 oktober 1990 ; R.v.St. nr. 36.748, DUPRIEZ, 27 maart 1991 ; R.v.St. nr. 37.383, DE PLECKER, 28 juni 1991 ; R.v.St. nr. 37.384, VAN DER FLAES, 28 juni 1991 ; R.v.St. nr. 42.870, Vlieghe, 10 mei 1993 ; R.v.St. nr. 43.584, ORBAN, 30 juni 1993 ; R.v.St. nr. 50.687, BERTRAND, 13 december 1994).

<sup>465</sup> J. LUST schrijft "(...)Door eventuele benadeelden kan tegen de reconstitutie steeds een beroep worden ingesteld bij de Raad van State, die aldus in laatste instantie de grenzen van de reconstitutie zal bepalen." ("De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c., 1997, 133, vn. 80, in fine).

<sup>466</sup> R.v.St. nr. 32.707, DE WILDE en PIETERS, 6 juni 1989.

<sup>467</sup> R.v.St. nr. 26.361, DE WILDE en PIETERS, 15 april 1986.

steunde zich bij het formuleren van haar standpunt op ministeriële instructies *"die gelden voor de administratieve gevolgen van sommige arresten van de Raad van State tot vernietiging van tijdelijke aanstellingen"*. De verzoekende partijen voerden de schending van het gezag van gewijsde aan doordat zij niet benoemd maar slechts - en dan nog vier jaar te laat - aangesteld werden.

De Raad van State bevestigt dat hij de tijdelijke aanstellingen van de verzoekende partijen had vernietigd, niet omdat die partijen niet tijdelijk aangesteld hadden moeten worden maar omdat ze tijdelijk aangesteld werden in plaats van vast benoemd te worden. Het enige wat die aanspraken op een vaste benoeming te maken hadden met de vernietigde tijdelijke aanstellingen was dat bij de vaste benoeming een aanstelling hoorde in betrekkingen die aan anderen waren toegewezen. De Raad van State heeft dan ook omschreven wat de uitvoering van het arrest vergde : dat het om de toewijzing van vaste benoemingen ging, inderdaad vier jaar eerder, ook in weddeopzicht, én om de toewijzing van betrekkingen die net als de vaste benoeming zelf niet tijdelijk, maar definitief moesten zijn.

De Raad van State wijst de twee betrekkingen aan die ter correcte uitvoering van het arrest aan de verzoekende partijen moeten worden gegeven, maar daarvoor moet de overheid niet de bestreden benoemingen intrekken. Wel zullen, ingeval er niet genoeg betrekkingen voorhanden zijn, twee vastbenoemden ten voordele van de verzoekende partijen uit de betrekkingen die zij op dat ogenblik bekleden, moeten verwijderd worden. Die betrekkingen hadden immers, indien de verzoekers gekregen hadden wat ze volgens het arrest van de Raad van State nr. 26.361 moesten krijgen, aan de verzoekers moeten zijn toegewezen.

De Raad van State preciseert nog dat de twee personen die fungeerden in de betrekkingen die aan de verzoekende partijen toekwamen, hun anciënniteit niet tegen hen kunnen doen gelden. Alzo vernietigt de Raad van State de overheidsbeslissing waarbij ter uitvoering van het arrest *"niet meer wordt gedaan dan de anciënniteit van de verzoekende partijen met x aantal*

*dagen te vermeederen"*, precies omdat de verzoekende partijen ter uitvoering van het eerste arrest recht hadden op benoeming. Dat er geen derde arrest DE WILDE en PIETERS bestaat, is wellicht te danken aan het feit dat de overwegingen van het arrest zeer omstandig zijn met betrekking tot alle rechtspunten : zowel aangaande de vaste benoemingen als de data ervan als het recht erop, tevens aangaande het recht op wedde-anciënniteit, het recht op de toewijzing van een betrekking en op welke betrekking, tenslotte de algemene formulering dat de destijds bestreden vaste benoemingen de vaste benoemingen en de affectaties van de verzoekende partijen niet in de weg mogen staan.

Weer is vast te stellen dat de Raad van State de belangen van alle partijen in ogenschouw heeft genomen. De aangevochten vaste benoemingen blijven bestaan, alleen moeten ze te allen tijde juridisch bestaanbaar blijven met het recht op vaste benoeming van de verzoekende partijen. Met andere woorden blijven de aanspraken daarop van de verzoekende partijen altijd voorgaan. Toch blijven de bestreden benoemingen gevrijwaard.

Over de juridische verenigbaarheid van aanspraken van verzoekers met het recht op vaste benoeming van derden, handelt ook het arrest VAN DEN BRANDT, in welke zaak de Raad van State wel het recht op vaste benoeming van verzoekster erkent, maar tevens stelt dat wanneer verzoekster in concurrentie komt met anderen om een betrekking toegewezen te krijgen, de andere vastbenoemden op haar moeten blijven voorgaan <sup>(468)</sup>. In dezelfde zin oordeelt het arrest ROGGE : het bestuur is ertoe verplicht de loopbaan van de betrokkene te reconstrueren en elke beslissing in te trekken die de weigering te benoemen inhoudt : de vaste benoeming en de aanstelling van één of van anderen doch enkel in zoverre ze onverenigbaar zijn met de vernietigde weigering om verzoekende partij vast te benoemen <sup>(469)</sup>.

134. Het komt billijk voor dat de Raad van State bij de vraag wat en in welke mate kan worden vernietigd, aan een soort

---

<sup>468</sup> R.v.St. nr. 57.551, VAN DEN BRANDT, 17 januari 1996.

<sup>469</sup> R.v.St. nr. 34.827, ROGGE, 27 april 1990.

van "belangenafweging" gaat doen ; E. LANCKSWEERDT <sup>(470)</sup> heeft, weliswaar met betrekking tot de schorsingsprocedure <sup>(471)</sup>, voor iets gelijkaardig gepleit.

---

<sup>470</sup> E. LANCKSWEERDT, o.c. 137-144, nrs. 260-274;-,"De belangenafweging door de Raad van State", noot onder R.v.St. nr. 42.543, KRIER, 2 april 1993, F. Rechtspr., 1993, 13.

<sup>471</sup> Terzake belangenafweging zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 42.543, KRIER, 2 april 1993, J.L.M.B., 1993, 724, (uittreksel uit het verslag van auditeur M. QUINTIN en opmerkingen van J. SALMON), waarin wordt geoordeeld dat dwingende redenen van algemeen belang zich tegen een schorsingsbevel verzetten ; R.v.St. nr. 42.778, LEGRAND, 4 mei 1993 ; R.v.St. nr. 43.835, LANDSBOND VAN DE NEUTRALE ZIEKENFONDSEN EN LANDSBOND VAN LIBERALE MUTUALITEITEN, 27 juli 1993 ; R.v.St. nr. 48.823, DE l'ARBRE c.s., 30 augustus 1994, noot J.F.NEURAY, "La balance des intérêts et la suspension facultative dans le cadre du référé administratif", J.L.M.B. 1994, 1209-1216 ; M. LEROY, o.c., 697 e.v.; E. BREWAEYS, l.c. 191-197, nr. 4.10. In de schorsingszaak nr. 78.224, RENDERS van 19 januari 1999 is een ontslag in geding. De Raad van State weigert in te gaan op de vraag van verwerende partij om aan belangenafweging te doen, overwegend dat "indien de Raad van State later tot de gegrondheid van het beroep besluit, het aan verzoeker verschuldigde rechtsherstel zijn definitieve reïntegratie in het politiekorps moet omvatten zodat op dat ogenblik het door verwerende partij aangevoerde belang zal moeten wijken voor het rechtsherstel waartoe het (...) arrest de overheid zal verplichten terwijl de verwerende partij niet aantoonde dat zij onherstelbare schade zal leiden indien zij voorlopig (...) het schorsingsarrest uitvoert". Diezelfde weigering komt ook voor in het arrest nr. 74.027, VERMEULEN van 2 juni 1998 waar de verwerende partij erop wijst dat het nadeel dat verzoeker ondergaat indien de beslissing niet wordt geschorst afgewogen moet worden tegen het nadeel dat de stad ondergaat indien er wel een schorsing bevolen wordt; de verwerende partij herinnert aan de ernstige schade die verzoeker aan de ambtenarij heeft berokkend en de onherstelbare schade die hij heeft gebracht aan het vertrouwen dat het bestuur in hem stelde. De Raad van State antwoordt dat de motieven die de verwerende partij terzake aanvoert in wezen samenvallen met de redenen die haar ertoe hebben aangezet verzoeker uit de dienst te verwijderen en dat, indien die redenen onvoldoende draagkrachtig zijn, er dan ook geen reden is om de belangen van verzoeker te doen wijken voor de belangen van de verwerende partij. In het arrest BLANPAIN oordeelt de Raad van State dat "wat de weging van de belangen betreft, weliswaar gezorgd moet worden voor de continuïteit van de leiding (...), doch dat evenwel dient te worden opgemerkt dat de betrekkingen (...) verscheidene maanden vacant zijn gebleven zonder dat klaarblijkelijk afbreuk is gedaan aan de continuïteit waarvan de verwerende partij gewag maakt " (R.v.St. nr. 85.997, BLANPAIN, 15 maart 2000). Zie terzake de goede werking van de dienst ook het arrest GOOSSENS : "(...)dat in het licht van de aan gang zijnde hervormingen de goede werking van de diensten moet afgewogen worden tegen het door verzoeker ondergane nadeel ; dat dit nadeel bezwaarlijk kan opwegen tegen de stoornis in de goede werking van de diensten die een gebeurlijke schorsing zou teweegbrengen." (R.v.St. nr. 114.388, GOOSSENS, 13 januari 2003). In het arrest nr. 121.788, A.S.B.L. BRUSSELSE RAAD VOOR HET LEEFMILIEU, A.S.B.L. PETITIONS-PATRIMOINE en A.S.B.L. INTER-ENVIRONNEMENT BRUXELLES, 18 juli 2003 oordeelt de Raad van State dat het annulatieberoep een objectief beroep is en dat de schorsing van de tenuitvoerlegging, die daarvan het accessorium is, dit karakter niet verliest zelfs indien de specifieke voorwaarde met betrekking tot het moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet zijn vervuld ; dat dientengevolge het uitgesloten is over te gaan tot een belangenafweging : die is onverenigbaar met het objectief karakter van het beroep.

De Raad van State gaat na hoeveel het belang van een verzoekende partij vraagt om het volkomen aan haar trekken te doen komen.

135. In het arrest DESCHAMPS <sup>(472)</sup> gaat de Raad van State de "derde" sparen door een onderscheid te maken tussen verschillende rechtsverhoudingen en door de bestreden beslissing enkel te vernietigen wat de rechtsverhouding tussen verzoekende partij en de overheid betreft. Rechtsherstel ingevolge het door de overheid niet nagekomen zijn van een rechtsverplichting, moet volledig doorwerken met betrekking tot de rechtsverhouding tussen de ambtenaar en het bestuur, maar kan niet volledig doorwerken met betrekking tot de rechtsverhouding tussen de ambtenaar en zijn collega's, ter vrijwaring van definitief geworden rechten van derden <sup>(473)</sup>. De beslissingen ten opzichte van die derden genomen, mogen dan ook niet worden herzien <sup>(474)</sup>.

---

<sup>472</sup> R.v.St. nr. 27.608, DESCHAMPS, 3 maart 1987.

<sup>473</sup> Zie ook R.v.St. nr. 28.547, CLARIJS, 6 oktober 1987 : "(...) De rechtszekerheid (van die andere personeelsleden) duldt niet dat de situatie waarin zij ondertussen zijn komen te staan, ongedaan zou worden gemaakt om het rechtsherstel volledig te maken. (...)".

<sup>474</sup> R.v.St. nr. 18.385, VAN HOLE, 13 juli 1977 : "Overwegende dat ambtenaren door hun ambt in verschillende rechtsverhoudingen treden, waaronder hun verhouding tot de overheid en hun verhouding tot de andere personeelsleden ; dat de maatregel tot retroactief rechtsherstel in een geval als dit van verzoekster, volledige uitwerking moet hebben met betrekking tot haar rechtsverhouding tot het bestuur, zodat de overheid, voor zoveel als nodig, gehouden is tot een reconstitutie van heel haar carrière, teruggaande tot 1 september 1967 - de dag tot waarop het rechtsherstellend besluit terugwerkte - ; dat het retroactieve rechtsherstel evenwel niet op diezelfde volledige wijze kan inwerken op de rechtsverhoudingen van verzoekster tot haar collega's ; dat het retroactief rechtsherstel die collega's wel verplicht aan te nemen dat verzoekster vanaf 21 september 1976 - de dag waarop het rechtsherstellend besluit was genomen - geacht moet worden sinds 1 september 1967 de kwaliteit te hebben van vastbenoemde (...), maar dat de maatregel van rechtsherstel niet tot gevolg heeft dat de rechtsverhoudingen van verzoekster tot die collega's moeten worden herzien voor de periode terugreikend van 20 september 1976 tot 1 september 1967 ; dat de rechtszekerheid er zich tegen verzet dat, zelfs om rechtsherstel te verwezenlijken, voorbij en daarom definitief geworden situaties en rechtsverhoudingen op losse schroeven zouden worden gezet met betrekking tot personen aan wie geen verantwoordelijkheid kan worden toegerekend in verband met de handeling of het verzuim dat het rechtsherstel nodig maakt of rechtvaardigt ; dat zulks in deze zaak meer bepaald betekent dat beslissingen die ten opzichte van collega's van verzoekster genomen werden voor 21 september 1976 zonder rekening te houden met verzoeksters

Aanspraken die uit de erkenning van de weigering tot vaste benoemen voortvloeien (zoals bijvoorbeeld het verkrijgen van een aanstelling), erkent de Raad van State niet indien er nog andere personeelsleden, die benoemd waren geworden voor de verzoekende partij, wachten op een aanstelling <sup>(475)</sup>. De Raad van State kan dus wel het recht op vaste benoeming van een verzoekende partij erkennen, maar tegelijkertijd vaststellen dat, wanneer zij in concurrentie komt met anderen om een betrekking toegewezen te krijgen, de andere vastbenoemden op haar moeten blijven voorgaan. Een derde kan geen beroep meer doen op het definitief karakter van een verworven rechtstoestand wanneer deze zelf schuld draagt aan de toestand waartegen de beslissing die rechtsherstel zoekt te bewerkstelligen, is gericht <sup>(476)</sup>.

136. Er kan derhalve, meer algemeen, worden gesteld dat de annulatierechter zich op de wezenlijke strekking van een annulatieberoep afstemt, nagaat welke de toestand is die heeft geleid tot het schadelijk resultaat dat de verzoekende partij wil zien verdwijnen en de bestreden beslissing zo mogelijk alleen vernietigt in de mate dat ze die partij schaadt.

Nogmaals wordt verwezen naar het belang van een motivering die moeilijkheden bij de uitvoering poogt te voorkomen. Zo heeft het dictum in eerderevermelde arresten DE WILDE en PIETERS het enkel over de vernietiging van de beslissing waarbij ter uitvoering van het vorig arrest niet mèer werd gedaan dan de anciënniteit vermeerderen zonder van een benoeming te gewagen. Doch omdat de overwegingen van het arrest zo duidelijk zijn, konden ze niet meer verkeerd begrepen worden. De geciteerde gevallen tonen aan dat niet kan worden voorgehouden dat de Raad

---

*aanspraken om als vastbenoemd personeelslid in aanmerking genomen te worden, niet mogen worden herzien op grond van het retroactief effect van de regulariserende beslissing en dus ook niet op hun wettigheid mogen worden getoetst aan de hand van de aanspraken welke verzoekster pas na 21 september 1976 tegenover hen kan doen gelden". Zie ook R.v.St. nr. 20.179, LEURIDAN, 11 maart 1980 ; R.v.St. nr. 20.238, VERWIMP, 3 april 1980 ; R.v.St. nr. 20.493, DESTRIJLES, 8 juli 1980 ; R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 1.6.1., 2.5.3., 2.6.1, 3.4., 6.7.*

<sup>475</sup> R.v.St. nr. 57.551, VAN DEN BRANDT, 17 januari 1996.

<sup>476</sup> R.v.St. nr. 28.547, CLARIJS, 6 oktober 1987.

van State bevelen geeft (<sup>477</sup>) als hij uitlegt wat een correcte uitvoering van het arrest vergt. De Raad van State had het recht te beslissen wat hij heeft beslist, alleen heeft hij de praktische toepassing daarvan omschreven. Het feit dat een tweede geding nodig kan zijn om daartoe te komen, bewijst de noodzaak van een zodanige handelwijze.

---

<sup>477</sup> Zie over de vernietiging door de Raad van State randnrs. 67 e.v.

## HOOFDSTUK 2. DE Vernietiging door de Raad van State van de Weigeringsbeslissing te benoemen bij gebonden bevoegdheid : APARTE GEVALLEN

### *AFDELING 1. Recht op benoeming bij schijnbare appreciatiebevoegdheid van de overheid*

137. Eerder kwamen rechtssituaties aan bod waarin ondubbelzinnig sprake is van een voorrangsrecht. Maar bepaalde verordenende teksten die op het eerste gezicht een discretionaire bevoegdheid toekennen, verlenen in wezen een voorrangsrecht op benoeming. Dat is de reden waarom er apart over wordt gehandeld, maar toch in een hoofdstuk over beslissingen genomen in gebonden bevoegdheid.

138. Het past hier een kanttekening bij de juridische betekenis van het woord "kunnen" te plaatsen. Het "kunnen" worden benoemd in een wet in de materiële zin wijst niet noodzakelijk op het enkel verlenen van een mogelijkheid tot benoemen of aanstellen (<sup>478</sup>). Aan het woordje "kan" mag geen uitlegging worden gegeven die ingaat tegen een betekenis die abstract-logisch als de juiste kan worden aangemerkt : ingeval het statuut bepaalt dat een personeelslid in vast verband benoemd *kan* worden op voorwaarde dat het aan bepaalde vereisten beantwoordt, *moet* de overheid het personeelslid benoemen als aan die voorwaarden is voldaan. Het woord kunnen wijst niet noodzakelijkerwijze op een mogelijkheid voor de overheid, het kan evenzeer betekenen dat het personeelslid enkel aanspraken op benoeming kan maken als de voorwaarden daartoe vervult (<sup>479</sup>).

---

<sup>478</sup> OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, o.c., 22-23, nr. 48 ; R.v.St. nr. 31.084, HENDRICKX en CREPAIN, 18 oktober 1988, *T. Gem.*, 1989, 203-207.

<sup>479</sup> R.v.St. nr. 13.160, VALKENBORG, 10 oktober 1968 waar het woord "kan" geen hinderpaal vormt om aan een verplichting te denken ; R.v.St. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003 : "dat het gebruik van de woorden "kan enkel" in de aangehaalde wetsbepaling (...) niet betrokken kan worden op de vrijheid om al dan niet tot vaste benoeming over te gaan, (...), dat, zo de aangehaalde bepaling al duidelijk is en geen interpretatie behoeft, zij te begrijpen is als de gebonden bevoegdheid (...) om in de vacant verklaarde betrekking vast te benoemen (...)".



Het statuut waarvan sprake in het arrest HENDRICKX en CREPAIN <sup>(480)</sup> betreft het woord "kunnen" niet op de situatie van de overheid, aan wie alsdan met dat "kunnen" een zuivere faculteit tot benoemen gegeven zou worden, maar op de situatie van het personeelslid aan wie met dat "kunnen" wordt aangezegd dat zijn aanspraken op benoeming niet onvoorwaardelijk zijn. Het luidt als volgt :

*"Een personeelslid kan in vast verband benoemd worden na twee jaren ambtsanciënniteit (...) mits titularis te zijn van een vacante betrekking. Wordt beschouwd als titularis van een vacante betrekking, het tijdelijk personeelslid dat (...) in dienst is en de meeste dienstanciënniteit heeft."*

Wie dus in die omstandigheden alle voorwaarden - geschiktheidsvoorwaarden <sup>(481)</sup> inbegrepen - vervult, moet vast worden benoemd (of tot de stage worden toegelaten) <sup>(482)</sup>. Het woord "kan" vast worden benoemd, betekent in dit verband "wordt" vast benoemd en vestigt voor de bevoegde overheid een rechtsplicht tot vaste benoeming <sup>(483)</sup>. In dat geval is aan de overheid elke discretionaire ageerruimte ontzegd <sup>(484)</sup>. Maar de

---

<sup>480</sup> R.v.St. nr. 31.084, HENDRICKX en CREPAIN, 18 oktober 1988.

<sup>481</sup> "De ongeschiktbevinding is het enige voorbehoud", aldus het arrest nr. 31.084, HENDRICKX en CREPAIN, 18 oktober 1988.

<sup>482</sup> R.v.St. nr. 38.038, SCHOONBRODT, 6 november 1991.

<sup>483</sup> R.v.St. nr. 32.708, VAN DEN BRANDT, 6 juni 1989.

<sup>484</sup> We verwijzen hier ook naar de ondertussen bij artikel 181 van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II vanaf 1 september 1990 opgeheven regeling van artikel 30, § 1, van de gecoördineerde wetten op het lager onderwijs (R.v.St. nr. 60.323, LUYSTENBORG, 19 juni 1996) die verplichtte tot een nieuwe aanstelling bij vacature (ook bijvoorbeeld als de betrekking voordat zij vacant was door een waarnemende leerkracht was ingenomen (R.v.St. nr. 23.376, GERRITS, 29 mei 1985). Die nieuwe aanstelling van een stagiair is de aanstelling van een kandidaat met aanspraken op een vaste benoeming. De overheid is er na twee jaar toe gehouden de stagiair daadwerkelijk te benoemen, tenzij zij over een aanvaardbare reden beschikt (R.v.St. nr. 26.740, BACKELANTS van 26 juni 1986, herhaaldelijk bevestigd, bijvoorbeeld R.v.St. nr. 28.833, REMION, 18 november 1987, T.B.P. 1988, 612 ; A.P.(M.) 1987, 147 ; R.v.St. nr. 31.466, GEMEENTE SCHELLE, 29 november 1988, T. Gem. 1989, 279 ; R.v.St. nr. 31.754, GOUSEMBOURGER, 13 januari 1989). Evenwel kon de weigering om vast te worden benoemd op grond van artikel 30, § 1, voormeld, volgens bepaalde rechtspraak niet worden gesitueerd in de beslissing waarbij de overheid een andere kandidaat tijdelijk aanstelt. Uit die nieuwe aanstelling kon alleen de weigering blijken om een kandidaat verder aangesteld te houden, maar niet de weigering om die vast te benoemen. De Raad van State vernietigt de aanstelling en de

bevoegdheid van het bestuur is niet in zodanige mate gebonden dat het absoluut tot benoemen verplicht is. Het kan steeds een andere kandidaat benoemen indien het vaststelt dat de waarnemer niet voldoet <sup>(485)</sup>. De niet-benoeming moet dus ontleend zijn aan een reden die inherent is aan het functioneren van de kandidaat-titularis. Organisatorische redenen zoals het geen budget ter beschikking hebben voor de betrokkene, kunnen in deze context niet dienstig worden aangevoerd <sup>(486)</sup>. De overheid kan er zich ook niet van ontslagen achten te benoemen, omdat het betrokken personeelslid bij haar gereaffecteerd werd <sup>(487)</sup>.

Er moet derhalve een deugdelijke reden zijn waarom het "kunnen" worden vast benoemd niet als een "moeten" worden vast benoemd, begrepen kan worden zo de voorwaarden bepaald in de tekst vervuld zijn. De overheid beschikt niet over een discretionaire bevoegdheid om nu eens wel dan weer niet, vast te benoemen ; zij kan alleen op grond van binnen het raam van de betrokken wetgeving passende criteria, aan de enen toestaan wat zij aan de anderen zou weigeren <sup>(488)</sup>. Zo wordt in de zaak SPRUYT <sup>(489)</sup> geoordeeld dat indien de Minister opdracht "kan" geven om een ambt te vervullen, uit die bepaling niet kan worden afgeleid dat hij de rechtsplicht had aan verzoekende partij die opdracht te geven.

---

in dat besluit vervatte impliciete weigering de kandidaat die reeds aangesteld was, de aanstelling te geven. Maar de Raad van State vernietigt niet de impliciete weigering die kandidaat vast te benoemen, nu die zoals aangehaald niet uit de tijdelijke aanstelling van een ander kan blijken (R.v.St. nr. 48.491, BERTELOOT, 5 juli 1994). Zie inzake lokalisatie van de weigeringsbeslissing, voetrn. 384.

<sup>485</sup> A. VANDENDRIESSCHE maakt ook die precisering in een noot bij R.v.St. nr. 31.755, CROMBIN, 27 januari 1989 ("Het recht op vaste benoeming van een gemeentelijk onderwijzer", *T.Gem.* 1989, 288) ; zie ook R.v.St. nr. 28.833, REMION, 18 november 1987, *Adm. Publ. (M)* 1987, 147.

<sup>486</sup> R.v.St. nr. 55.196, CARROZZA, 18 september 1995.

<sup>487</sup> R.v.St. nr. 35.440, VANGHELUWE, 10 juli 1990 ; R.v.St. nr. 35.522, MICHIELS, 18 september 1990 ; R.v.St. nr. 57.550, DIRX, 17 januari 1996.

<sup>488</sup> R.v.St. nr. 57.550, DIRX, 17 januari 1996.

<sup>489</sup> R.v.St. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991.

139. Duidelijker is het wanneer de tekst affirmatief is en bijvoorbeeld bepaalt dat men na twee jaar vast benoemd wordt ; het recht op benoeming kan niet worden ontzegd om reden van een feit dat zich na die twee jaar voordoet, ook niet indien dit het wegvallen van de betrekking is <sup>(490)</sup>. Wel verschaft een zodanige tekst de overheid de mogelijkheid om voor de verlopen twee jaar de waarneming te ontnemen indien betrokkene niet voldoet, daarvoor dient precies de proeftijd <sup>(491)</sup>. Maar nadien moet worden benoemd en is er geen omstandigheid die dat juridisch kan verhinderen <sup>(492)</sup>. Heeft betrokkene geen betrekking meer, dan kan hij ter beschikking worden gesteld. Het arrest dat gesteund is op het gegrond bevinden van het middel nopens de weigering verzoekende partij vast te benoemen, sluit de vaststelling in dat de overheid de rechtsplicht heeft haar vast te benoemen en wel met ingang van de dag waarop alle voorwaarden daartoe waren vervuld, wie ook op die dag in de betrekking was aangesteld <sup>(493)</sup>.

140. Wanneer de overheid zich moet richten naar een tekst die een verplichting te benoemen heeft ingesteld maar waar een aspect discretionaire bevoegdheid overblijft, is de motievencontrole van de administratieve rechter scherper. Reeds bij een eerste geding voor de Raad van State betreffende de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid wordt door de rechter een definitieve conclusie rond de deugdelijkheid van de motieven getroffen. Indien de motieven bekend zijn, - a fortiori indien zij dat niet zijn - leidt alles wat niet

---

<sup>490</sup> R.v.St. nr. 60.107, MICHILSEN, 12 juni 1996, *T.B.P.*, 1996, 690.

<sup>491</sup> Zoals in het vorige geval kan er pas een andere kandidaat worden benoemd als de eerder benoemde interimaris geen bewijs heeft geleverd van afdoende professionele capaciteiten (R.v.St. nr. 40.001, HARNETIAUX, 8 juli 1992 ; R.v.St. nr. 40.465, BONBLED, 23 september 1992 ; R.v.St. nr. 41.038, MARLIERE, 12 november 1992 ; R.v.St. nr. 53.586, LEPINNE, 7 juni 1995 ; R.v.St. nr. 60.323, LUYSTENBORG, 19 juni 1996 ; R.v.St. nr. 64.392, DEFRAITEUR, 5 februari 1997). De motieven tot niet-benoeming moeten betrekking hebben op de persoon van de interimaris of de vervulling van zijn activiteiten als stagiair (R.v.St. nr. 43.394, DUJARDIN, 18 juni 1993).

<sup>492</sup> Geen advies van de inspectie, geen circulaire en geen budgettaire context (R.v.St. nr. 55.196, CARROZZA, 18 september 1995 voormeld).

<sup>493</sup> R.v.St. nr. 60.111, MATTHIJS, 12 juni 1996.

pertinent met het belang van de dienst of met het presteren heeft te maken, ertoe dat de Raad van State een verplichting tot benoemen vaststelt.

Bij zuiver discretionaire bevoegdheid laat de rechter na de vernietiging de overheid toe het onderzoek over te doen. Bij een combinatie van de twee soorten bevoegdheden (discretionair en gebonden) neemt de rechter dat standpunt niet meer in, oordeelt onmiddellijk over de zwaarwichtigheid en de relevantie van de motieven en koppelt daaraan de overheidsverplichting. Het bepaald zijn van een reglementair bepaalde datum waarop benoemd kan worden, laat hier blijkbaar maar één onderzoek toe : de motieven moeten voorhanden zijn op dat welbepaald ogenblik.

## ***AFDELING 2. Verplichting tot benoemen als slechts één kandidaat de benoemingsvoorwaarden vervult, tenzij rechtsgeldige motieven bestaan om niet te benoemen***

141. De enige kandidaat voor een tijdelijke aanstelling die aan de aanstellingsvoorwaarden voldoet, vordert met reden tevens de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing hem aan te stellen (<sup>494</sup>). In het arrest DE WAELE (<sup>495</sup>) acht de Raad van State een formele vaststelling van de benoemingsverplichting verantwoord nu de kandidatuur van verzoeker niet werd geweerd omdat hij aan de reglementaire voorwaarden voor benoeming niet voldeed of omdat hij ongeschikt was voor de benoeming terwijl bleek dat geen van de andere kandidaten voldeed aan de benoemingsvoorwaarden.

Het afwijzen van de enige kandidaat die aan de benoemingsvoorwaarden voldoet omdat zijn kandidatuur op onvolmaakte wijze is ingevuld, is geen rechtsgeldig motief. De onwettige aanstelling van een andere kandidaat vormt tevens een

---

<sup>494</sup> R.v.St. nr. 44.013, JANSSENS, 14 september 1993.

<sup>495</sup> R.v.St. nr. 29.015, DE WAELE, 15 december 1987.

tekortkoming aan de verplichting van de overheid om de aanstelling aan de gelaedeerde te geven.

Wel een rechtsgeldig motief is het weigeren van de benoeming wanneer de enige gegadigde (<sup>496</sup>) er naar het oordeel van de overheid niet zou in slagen de functie naar behoren uit te oefenen (<sup>497</sup>).

***AFDELING 3. Verplichting tot benoemen als een kandidaat op grond van een objectief criterium de beste is en voor het verdwijnen van de noodzaak tot benoemen geen redenen worden opgegeven***

143. Een stap vooruit in onze zoektocht is de rechtspraak volgens welke, ingeval de overheid er niet kan toe worden verplicht tot benoeming over te gaan, aan de beslissing om niet langer te willen benoemen *deugdelijke redenen* moeten ten grondslag liggen.

De naar onze mening eerste uitspraak die dit poneert is het arrest SEGERS (<sup>498</sup>). Het stelt dat hoewel de overheid nooit echt verplicht is te benoemen, wat medebrengt dat zij van een benoeming kan afzien, zij evenwel een naar recht en redelijkheid aanvaardbare grond moet hebben om terug te komen op haar beslissing, waarbij zij de *noodzaak vaststelde om te benoemen*.

144. In recentere rechtspraak is ook dit idee aanwezig. Wordt er aangenomen dat de overheid er tot het laatste ogenblik (<sup>499</sup>) kan van afzien een benoeming te doen, dan moet zodanige

---

<sup>496</sup> R.v.St. nr. 56.778, AMYS, 11 december 1995.

<sup>497</sup> Bijvoorbeeld "geen sturing kan geven" (in een leidinggevende functie in dat geval) in de zaak AMYS voormeld.

<sup>498</sup> R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977, aangehaald bij "De weg naar de vernietiging door de Raad van State van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen of aan te stellen bij gebonden bevoegdheid", randnrs. 85 e.v.

<sup>499</sup> Ook indien de directieraad reeds de kandidaturen heeft onderzocht : het enkele feit dat de directieraad een kandidaat als enige voordroeg verplicht de benoemende overheid niet hem te benoemen (R.v.St. nr. 57.929, VERSTEGEN, 31 januari 1996). Op onderwijsvlak : het enkele feit dat de

beslissing ingegeven zijn door deugdelijke motieven (<sup>500</sup>). Zo kan bijvoorbeeld wettig worden beslist dat de bevorderingsprocedure niet moet worden voortgezet en dat eerst aan een mutatie-aanvraag gevolg wordt geven, in geval uit geen statutaire bepaling blijkt dat de mutatieaanvraag slechts mag worden ingewilligd indien de betrekking niet door bevordering kan begeven worden (<sup>501</sup>).

Zoniet is er een *dwingende rechtsplicht*, aldus het arrest SEGERS, in welke zaak er geen motief was om niet te benoemen en dat na een vergelijkend examen. Wanneer een betrekking vacant is en diegene die ernaar ambieert als eerste is voorgedragen, moet normaal de benoeming geschieden.

145. Enige jaren na het arrest SEGERS werd een gelijkaardig idee neergeschreven in het arrest TIBAX (<sup>502</sup>) : door de benoeming moet als vaststaand worden aangenomen dat op het ogenblik van de benoeming - dat de overheid vrij gekozen heeft - iemand in het belang van de dienst moest worden benoemd. Daardoor wordt op dat ogenblik de concrete situatie gefixeerd van al diegenen die bij de procedure zijn betrokken

---

lokale raad verzoeker als eerste kandidaat voordroeg, verplicht de overheid niet hem aan te stellen (R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997).

<sup>500</sup> R.v.St. nr. 37.245, VAN HAEGENDOREN, 20 juni 1991 ; R.v.St. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991 ; R.v.St. nr. 69.203, VERLODT, 28 oktober 1997.

<sup>501</sup> R.v.St. nr. 38.972, GERARD, 10 maart 1992.

<sup>502</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 7.4.

### HOOFDSTUK 3. SCHENDING VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE BIJ DE ONJUISTE UITVOERING OF DE NIET-UITVOERING VAN EEN ARREST DAT HANDELT OVER EEN BESLISSING GENOMEN IN GEBONDEN BEVOEGDHEID.

#### *AFDELING 1. De overheid voert het arrest op onjuiste wijze uit*

146. Indien de overheid, na een arrest dat de weigering om een voordeel aan een partij toe te wijzen heeft vernietigd, niet overeenkomstig het vernietigingsarrest handelt omdat zij een onjuiste uitvoeringsbeslissing neemt, kan die partij voor de Raad van State de vernietiging van deze beslissing en eventueel van de (impliciete) weigering tot het concrete rechtsherstel dat uit het arrest volgt, vorderen. Het volstaat hiertoe de schending van het gezag van gewijsde van het vorige annulatiearrest aan te voeren.

Het rechtsherstel dat de Raad van State verleent, sluit in zich het ongedaan maken van wat onrechtmatig verricht werd en het verrichten van wat onrechtmatig verzuimd werd (<sup>503</sup>).

147. Het zij beklemtoond dat het annulatiearrest op zich niet de gevolgen verwezenlijkt die het op formele wijze nemen van een benoemingsbesluit vermag tot stand te brengen (<sup>504</sup>). Aan te stippen valt derhalve dat enkel een formeel besluit het verworven recht op benoeming verschaft, niet de overweging van een arrest dat iemand benoemd had moeten zijn. De Raad van State kan de weigering of de onthouding te benoemen weliswaar uitdrukkelijk in het dictum vernietigen op grond van de overweging dat de betrokkene had moeten benoemd worden of hij kan het enkel in zijn motivering vaststellen, maar die

---

<sup>503</sup> R.v.St. nr. 21.501, KIEKEMANS, 27 oktober 1981.

<sup>504</sup> In dezelfde zin R.v.St. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003 : „(...)dat verzoekster de hoedanigheid van vastbenoemde maar verkrijgt door een individuele constitutieve handeling van het bevoegde gezag, dat het die rechtshandeling is die de vaste benoeming verleent en aldus rechtens bindend de rechtspositie van de betrokkene vaststelt en, omgekeerd, dat zonder die beslissing de rechtstoestand van de betrokkene niet rechtens als vaststaand kan worden beschouwd (...)”.

vernietiging of die vaststelling in het overwegend gedeelte staat niet gelijk met een besluit houdende benoeming : een vernietiging formuleert wel met het gezag van gewijsde aan de uitspraak verbonden, de rechtsplicht van de overheid om te benoemen zonder deze evenwel te vervangen (<sup>505</sup>). Het arrest VAN DE KERHOVE blijkt daaraan te hebben pogen remediëren. Bij een beslissing genomen in de uitoefening van gebonden bevoegdheid, wordt hierin overwogen

*"dat het onvermogen van het bestuur om een uitvoeringsbesluit te treffen, de rechtzoekende niet kan beroven van datgene waarop hij recht heeft op grond van een algemeen voorschrift. Ook zonder vaste benoeming kan hij dan toch aanspraak maken op gelijkstelling met een vast benoemde"* (<sup>506</sup>).

Natuurlijk moet het dan de toepassing behelzen van een tekst die dwingend is ; de overheid moet benoemen op grond van "een absolute imperatieve verplichting, een verplichting met betrekking waartoe aan de overheid geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid is gelaten" (<sup>507</sup>).

Het vernietigingsarrest is bijgevolg geen handeling die de rechtseffecten van het ontbrekende benoemingsbesluit meebrengt (<sup>508</sup>). Anders had verzoekster DECREUS zich een tweede geding voor de Raad van State kunnen besparen : de verwerende partij had na het arrest alleen haar anciënniteit verhoogd en ten onrechte geen aanstellingsbeslissing getroffen (<sup>509</sup>).

---

<sup>505</sup> De Raad van State kan immers geen betrekking "toebedelen" (R.v.St. nr. 25.355, LEMAITRE, 23 mei 1985 ; R.v.St. nr. 60.148, VAN DER ELST, 13 juni 1996). Zie ook R.v.St. nr. 28.252, LEMMENS, 26 juni 1987 : wat verzoekers' verzoek betreft om hem aan te stellen in de hem geweigerde betrekking, antwoord de Raad van State niet bevoegd te zijn een benoeming toe te kennen.

<sup>506</sup> R.v.St. nr. 14.479, VAN DE KERKHOVE, 27 januari 1971. Die rechtspraak zegt echter *niet dat de betrokkene in rechte moet worden geacht benoemd te zijn*, wel dat hij aanspraak kan maken op de voordelen die uit de benoeming moeten voortkomen ; zie ook R.v.St. nr. 16.201, SLUYS, 10 januari 1974.

<sup>507</sup> R.v.St. nr. 14.478, BENOIT, 27 januari 1971 ; R.v.St. nr. 19.129, BORRY, 14 juli 1978.

<sup>508</sup> R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965.

<sup>509</sup> R.v.St. nr. 41.297, DECREUS, 8 december 1992.



A. VANDER STICHELE zal wellicht ook bedoeld hebben op het feit dat de overheid altijd nog de rechtsplicht waaraan zij niet is tegemoetgekomen, moet formaliseren en het rechtens niet volstaat dat die plicht door de rechter is vastgesteld, waar hij zegt dat :

*"de vernietiging van een negatieve beslissing, bijvoorbeeld een weigering, niet geldt als een toelating, zelfs indien de te nemen beslissing noodzakelijkerwijze voortvloeit uit de vernietiging bijvoorbeeld om reden dat de bevoegdheid van de overheid niet discretionair is"* (<sup>510</sup>).

Er is derhalve altijd een formeel overheidsbesluit nodig om een benoeming te realiseren, ook indien het statuut vaststelt dat een verandering van rechtssituatie ambtshalve moet gebeuren of een recht op benoeming onder bepaalde omstandigheden erkent (<sup>511</sup>). Zoniet wordt, het zij herhaald, de rechtstoestand niet gewijzigd en kunnen op grond van het enkele feit van het reglementair (<sup>512</sup>) of in een annulatiearrest vastgesteld bestaan van een overheidsverplichting de *iure* geen rechtsgevolgen worden teweeggebracht. Tot het nemen van een dergelijk formeel besluit moet de overheid kunnen gedwongen worden.

148. Welk rechtsmiddel kan worden gehanteerd indien de overheid, die conform het arrest moet handelen wil de verzoeker aanspraak kunnen maken op de rechtssituatie ten opzichte van hem in het vernietigingsarrest erkend, geen beslissing neemt ? Op grond van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan in dit geval een fictieve weigeringsbeslissing van de overheid worden uitgelokt indien zij in geen enkel opzicht reageert. Dit procédé wordt in het licht van het onderwerp behandeld in de volgende afdeling. Ook

---

<sup>510</sup> A. VANDER STICHELE, "Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemde", *T.B.P.*, 1975, 73.

<sup>511</sup> R.v.St. nrs. 68.789, QUERTON en 68.790, TIMMERMANS, beide van 10 oktober 1997.

<sup>512</sup> R.v.St. nr. 41.871, DE STEUR, 2 februari 1993 : „dat de term "ambts-halve" wel wijst op een ontstentenis van discretionaire bevoegdheid van de overheid, maar in principe niet de noodzaak uitsluit van een beslissing die vaststelt dat de omzetting zich heeft voorgedaan zonder welke beslissing de omzetting geen rechtsgevolgen heeft”.

kan door een gewezen verzoekende partij gebruik worden gemaakt van de dwangsomprocedure <sup>(513)</sup> <sup>(514)</sup>.

**AFDELING 2. Indien de overheid na het arrest niet handelt, kan zij daartoe worden gedwongen met behulp van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State**

149. In tegenstelling tot hetgeen bij volledige discretionaire bevoegdheid geldt, kan, indien de overheid niet tot beslissen overgaat, de weigering daartoe, in die zin dat het bestuur moet verplicht zijn een beslissing te nemen, op grond van een wettelijke regeling worden totstandgebracht en aangevochten voor de Raad van State <sup>(515)</sup>. Indien er dus geen

---

<sup>513</sup> Zie omstandiger randnrs. 306-312. Over de keuze van de procedure, met name of het bestrijden van de fictieve weigeringsbeslissing of het vorderen dat een dwangsom zou worden opgelegd, zie R. ERGEC, l.c., 23. Hij is van mening dat de vordering tot het opleggen van een dwangsom bij voorrang zou moeten behandeld worden op het verzoekschrift dat de fictieve weigeringsbeslissing vraagt te annuleren. *"En pareil cas, l'imposition d'une astreinte est plus efficace, même lorsque la compétence de l'administration est liée, car l'injonction d'agir est explicite et précisée dans l'arrêt et est en outre assortie d'une astreinte"* (23, nr. 18). Ook M. LEROY is van oordeel dat de effectiviteit van een beroep tegen de fictieve weigeringsbeslissing minder groot is dan de vordering tot het opleggen van een dwangsom (M. LEROY, o.c., 632).

<sup>514</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest BABYLON : *"Die dwang tot handelen kan specifiek ten aanzien van de niet-uitvoering van annulatiearresten worden bewerkstelligd bij wege van de vraag tot het opleggen van een dwangsom"* (R.v.St. nr. 47.474, BABYLON, 17 mei 1994).

<sup>515</sup> I. OPDEBEEK en F. REYNTJENS schrijven in 1988 dat van deze techniek weinig gebruik werd gemaakt (*"Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1986-1987)"*, R.W. 1987-1988, 1385-1401 (1399). Zie ook I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming*, o.c., 287-289 nrs. 564-568bis. Mogelijke verklaringen voor het feit dat de techniek sinds 1971 niet vaak is aangewend ziet I. OPDEBEEK hierin dat deze nog altijd een grote onbekende is, de verzoeker de gevraagde beslissing krijgt voor het verstrijken van de termijn van vier maanden of de verzoeker wordt geconfronteerd met een jarenlang wachten op een arrest. Wel erkent zij een stijging van het gebruik sinds de laatste jaren : *"De voorbije jaren lijkt artikel 14, tweede lid, R.v.St.-wet evenwel een nieuw elan te hebben gevonden. Dat fictieve weigeringsbeslissingen voortaan ook kunnen worden geschorst (...), kan hier alleen maar toe bijdragen. De schorsing heeft immers niet alleen tot gevolg dat de overheid ertoe wordt aangezet de geschorste beslissing te heroverwegen, maar ook dat de rechtzoekende recht heeft op een beslissing ten gronde binnen de termijn van zes maanden."* (I. OPDEBEEK, noot "De aanvechtbaarheid in kort geding en ten gronde van de fictieve weigering van de erkenning als aannemer van openbare werken", noot bij R.v.St. nr. 47.941, N.V.INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS, R.W., 1994-95, 848-850) ; zie terzake de

beslissing genomen wordt, kan diegene die er belang bij heeft dat het bestuur zou beslissen, een beroep doen op artikel 14 § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (<sup>516</sup>) om eventueel een impliciet afwijzende beslissing aan te vechten (<sup>517</sup>).

Er dient alleen summier (<sup>518</sup>), binnen het bestek van dit onderwerp, op die techniek van het totstandbrengen van een fictieve weigeringsbeslissing te worden ingegaan. Artikel 14, § 3, van de R.v.St.-wet wil de rechtzoekende beschermen tegen het bestuur dat, hoewel daartoe verplicht, geen beslissing neemt - gewoon geen, noch een wettige, noch een onwettige - de rechtzoekende aldus binnen het annulatiecontentieux voor het niets plaatsend (<sup>519</sup>). Indien een annulatiearrest niet wordt

---

ontvankelijkheid van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een fictieve weigeringsbeslissing, I. KOVALOVSKY, advies uitgebracht voor R.v.St. nr. 52.580, OVART van 29 maart 1995, *Adm. Publ.*, 1995, 167-169 ; zie bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 56.258, DE SMEDT, 17 november 1995.

<sup>516</sup> Artikel 10 van de wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State alsook van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 22 juni 1999.

<sup>517</sup> De bevoegde minister verklaarde in de parlementaire voorbereiding van de wet van 3 juni 1971, waarbij bewuste bepaling in de gecoördineerde wetten op de Raad van State werd ingevoerd, dat "de nieuwe regel in ieder geval voordelig is voor de burger ; in plaats van zoals nu machteloos te staan in geval van stilzwijgen van de administratie - tenzij hij op grond van feitelijke omstandigheden het moeilijk bewijs levert dat het stilzwijgen gelijk staat met een beslissing - zal hij, (...) dat stilzwijgen zelf van rechtswege kunnen beschouwen als een impliciete afwijzingsbeslissing." (*Parl. St. Senaat*, 1964-1965, nr. 151, commissieverslag, 3). Het was de wettelijke regeling van wat de rechtspraak reeds als juridische vorm aan de inertie van de administratie had gegeven, bijvoorbeeld in het arrest nr. 11.048, LONGEVAL, 16 februari 1965 waarin de Raad van State oordeelt dat indien de gegevens van de zaak dit onmiskenbaar uitwezen, het uitblijven van een beslissing als een verwerping, als een impliciet afwijzende beslissing wordt gekwalificeerd.

<sup>518</sup> Er kan worden verwezen naar de uitvoerige bepreking bij bijvoorbeeld A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 850-851, nr. 854 ; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Ontvankelijkheid*, *o.c.*, 11 en 17-18, nrs. 5 en 13 ; M. LEROY, *De afdeling administratie, kort historisch overzicht, Raad van State, Liber Memorialis*, 1948-1998, Gent, MysBreesch, 1999, 141 e.v. ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, Brussel, 2000, 201-208 ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, *o.c.* 249-252, nrs. 482-487 ; S. LUST, *Rechtsherstel...*, *o.c.* 186-194 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Larcier, 2002, 284-286.

<sup>519</sup> R.v.St. nr. 68.244, VLAEMINCK, 23 september 1997, *R.W.*, 1997-1998, 777-778, noot G. DEBERSAQUES "De sanctie verbonden aan het verzuim bij de betekening van een bestuurshandeling de beroepsmogelijkheden, de vormvereisten en de termijnen te vermelden", *R.W.* 1997-98, 778-780. Of met

uitgevoerd, dan kan de verzoeker ook op grond van artikel 14, § 3, de overheid tot uitvoering van de vereiste herstelmaatregelen brengen. Het arrest dat de fictieve weigeringsbeslissing vernietigt, verplicht de overheid immers tot het nemen van een nieuwe beslissing nu zij dat nagelaten heeft.

150. Wanneer de overheid verplicht is te beschikken wordt niet wettelijk omschreven, zodat het tot de taak van de rechter behoort te oordelen of dergelijke verplichting voorhanden is <sup>(520)</sup>. Deze verplichting kan voortvloeien uit een reglementaire bepaling, een rechterlijke uitspraak, een voordien genomen beslissing <sup>(521)</sup>, of uit het zorgvuldigheidsbeginsel waarvan de toepassing tot gevolg kan hebben dat een facultatieve bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van de zaak, verplicht moet worden uitgeoefend <sup>(522)</sup>.

Zo kan het stilzwijgen van het bestuur niet alleen worden beschouwd als een impliciete afwijzing van de aanvraag wanneer de overheid tot het nemen van een beslissing gehouden is, maar ook wanneer ze de verwachting heeft doen ontstaan dat ze een beschikking zal nemen <sup>(523)</sup>. Krachtens de vertrouwensleer, die gebaseerd is op het zorgvuldigheidsbeginsel, mag een burger immers afgaan op de door het bestuur verwekte schijn <sup>(524)</sup>.

151. Opdat artikel 14, § 3 zou kunnen worden toegepast moet de overheid weliswaar verplicht zijn te beschikken, maar de inhoud van de te nemen beslissing hoeft derhalve niet nader bepaald te zijn, en mag tot de discretionaire bevoegdheid van het bestuur behoren <sup>(525)</sup>.

---

andere woorden tegenover een bestuur dat zich ervan onthoudt om ook maar iets te zeggen of te doen (R.v.St. nr. 120.651, DE VOS, 17 juni 2003).

<sup>520</sup> I. OPDEBEEK, *Preadvies. Het inactieve bestuur. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid in België*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 95-96.

<sup>521</sup> R.v.st. nr. 17.551, ADAM, 1 april 1976.

<sup>522</sup> Cass., 5 mei 1961, *J.T.* 1962, noot DALCQ, 602.

<sup>523</sup> R.v.St. nr. 18.903, BERGMANS, 18 april 1978.

<sup>524</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 4.2.

<sup>525</sup> I. OPDEBEEK en F. REYNTJENS wijzen erop dat bij *discretionaire bevoegdheid*, een vernietigingsarrest dat is gewezen op grond van de schending

Meer concreet zal de overheid onder meer verplicht zijn te beschikken wanneer wettelijke bepalingen – expliciet of impliciet – aan de burger het recht verlenen een verzoek te richten tot het bestuur of een administratief beroep organiseren tegen een administratieve rechtshandeling. Artikel 14, § 3 kan ook worden toegepast wanneer de overheid verplicht is een eerder getroffen rechtshandeling in te trekken <sup>(526)</sup>.

152. Luidens artikel 14, § 3, van de R.v.St.-wet dient, wanneer de overheid moet handelen maar dat nalaat, zij daartoe worden aangemaand. Daarvoor moet haar een brief worden gericht - een ingebrekestelling <sup>(527)</sup> - waarin de rechtzoekende vraagt een beslissing te nemen en waarin wordt vermeld dat de vraag gebeurt in het raam van artikel 14, § 3, van de R.v.St.-wet. Een geschrift waarin noch impliciet noch expliciet wordt verwezen naar dit wetsartikel en waaruit evenmin op een andere manier de bedoeling van de verzoekende partij blijkt om aan het stilzwijgen van de overheid de in de wet omschreven gevolgen te verbinden, wordt niet als een aanmaning in deze zin beschouwd <sup>(528)</sup>. Het louter gebruik van het woord "ingebrekestelling" doet

---

van artikel 14, § 3, de overheid er (slechts) toe verplicht die discretionaire bevoegdheid uit te oefenen en er niet toe verplicht een beslissing met een bepaalde inhoud te treffen ("Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1986-1987)", l.c. 1399, nr. 67, punt 1).

<sup>526</sup> R.v.St. nr. 20.953, VAN RIJSSELBERGHE, 12 februari 1981. Wel is het uiteraard zo dat een verzoeker een voor hem griefhoudende beslissing moet bestrijden voor de Raad van State en niet de overheid verzoeken deze beslissing in te trekken om de termijn voor het instellen van een annulatieberoep met vier maanden te verlengen (R.v.St. nr. 68.244, VLAEMINCK, 23 september 1997 : "Overwegende dat, geconfronteerd met de volgens hem onwettige beslissingen (...), verzoeker vanzelfsprekend de verwerende partij om intrekking van die beslissingen kon verzoeken ; dat echter, zelfs wanneer men moet aannemen dat de verwerende partij verplicht was om, als die beslissingen inderdaad onwettig waren, ze in te trekken, de onthouding van de verwerende partij om dat te doen nog niet het leven schonk aan een afwijzende beslissing in de zin van meergenoemd artikel 14, tweede lid ; dat, immers, verzoeker binnen het annulatiecontentieux geen bescherming tegen dat nietsdoen van het bestuur - bescherming die de zin is van deze wetsbepaling - vandoen had, aangezien hij binnen het contentieux de vernietiging van de door hem onwettig geachte beslissingen (...) kon vorderen zonder om intrekking ervan te vragen, laat staan af te wachten of die intrekking er zou komen (...)".

<sup>527</sup> Vgl. ook J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 285, voetnoot 1, 2<sup>e</sup> al. Het moet een voldoende gemotiveerde aanmaning zijn (R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 4.2.).

<sup>528</sup> R.v.st. nr. 40.575, DEBAUVE, 2 oktober 1992 ; R.v.St. nr. 73.931, I. KEPPENS, II. SICCARD, 28 mei 1998 ; R.v.st. nr. 108.523, VAN DOMMELEN, 27 juni 2002.

niet van de wil blijken het mechanisme van artikel 14, § 3 in werking te stellen (<sup>529</sup>).

I. OPDEBEEK beklemtoont dat „niet de vernietiging wordt gevraagd van de weigering een beslissing te nemen, maar wel van de weigering het gevraagde toe te kennen“ (<sup>530</sup>).

De fictieve weigeringsbeslissing heeft betrekking op wat precies het voorwerp heeft uitgemaakt van de in de ingebrekestelling vervatte vordering.

Het overheidsverzuim te beslissen op een beroep dat ertoe strekt een afdanking ongedaan te maken, betekent dat de afdanking impliciet bevestigd wordt (<sup>531</sup>). Zo wordt in de zaak VERVOTE door de verzoeker onder formele verwijzing naar artikel 14 § 3 van de R.v.St.-wet woordelijk gevraagd "een beslissing inzake mijn verzoek tot benoeming te treffen" (<sup>532</sup>).

Het behoort niet aan de Raad van State de draagwijdte van die fictieve weigeringsbeslissing te wijzigen door de ingebrekestelling uit te leggen in een zin die verschilt van deze van de uitdrukkelijke bewoordingen ervan (<sup>533</sup>).

De ontstentenis van precisering van wat verzoeker VLAEMINCK precies beoogde tot voorwerp van de fictieve weigeringsbeslissing te maken leidde tot de onontvankelijkheid

---

<sup>529</sup> R.v.st. nr. 108.523, VAN DOMMELEN, 27 juni 2002.

<sup>530</sup> I. OPDEBEEK, noot bij R.v.St. nr. 45.087, N.V.INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS, 30 november 1993 en R.v.St. nr. 47.941, N.V. INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS, 14 juni 1994 ("De aanvechtbaarheid in kort geding en ten gronde van de fictieve weigering van de erkenning als aannemer van openbare werken"), R.W. 1994-1995, 848-850, 4).

<sup>531</sup> R.v.st. nr. 20.016, GOEYVAERTS, 8 januari 1980.

<sup>532</sup> R.v.st. nr. 119.516, VERVOTE, 19 mei 2003. Ingevolge het vorig annulatiearrest nr. 107.562, VERVOTE van 10 juni 2002, was rehtens komen vast te staan dat verzoekers' stage met een gunstige eindbeoordeling was afgesloten zodat hij in aanmerking kwam voor benoeming en de overheid alleszins verplicht was inzake zijn rechtspositie te beschikken. Dat deze verplicht te nemen beslissing een zaak van discretionaire bevoegdheid is, sluit zoals gezegd de toepassing van artikel 14 § 3 van de R.v.St.-wet niet uit.

<sup>533</sup> R.v.St. nr. 43.790, LOUIS, 12 juli 1993.

van zijn vordering (<sup>534</sup>). In het arrest VLAEMINCK (<sup>535</sup>) overweegt de Raad van State terzake :

*"dat de bedoelde „aanmaning" duidelijk blijkt moet geven van de bedoeling van de betrokkene om het stilzwijgen van het bestuur, overeenkomstig artikel 14, § 3, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, te beschouwen als een afwijzende beslissing waartegen hij beroep kan instellen bij de Raad van State ; dat de aanmaning m.a.w. precies en duidelijk moet zijn, en de overheid een termijn van vier maanden moet laten ; dat een schrijven waarin impliciet, noch expliciet wordt verwezen naar voornoemd artikel 14, § 3, en waaruit evenmin op een andere manier de bedoeling van de verzoeker blijkt aan het stilzwijgen van het bestuur de in de wet omschreven gevolgen te verbinden, niet als de door de betrokken wetsbepaling opgelegde aanmaning kan worden beschouwd ; dat de hierboven geciteerde brief van verzoeker niet doet blijken van diens wil het mechanisme van artikel 14, § 3, in werking te stellen ; dat de brief van 19 augustus 2002 echter niet vermeldt dat het om een ingebrekestelling gaat in het raam van voornoemd artikel 14, § 3 ; dat ook de daaropvolgende brieven van 30 augustus 2002 en 21 oktober 2002 enkel vermeldden dat zij werden verzonden als „aanmaning conform artikel 36 § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State" ; dat de vordering niet ontvankelijk is ;".*

De Raad van State onderzoekt ambtshalve of aan de voorwaarden is voldaan (<sup>536</sup>). De overheid kan op die ingebrekestelling op verschillende manieren reageren :

---

<sup>534</sup> Hij had onder verbeurte van een dwangsom de schorsing van de tenuitvoerlegging gevorderd van de afwijzende beslissing waarbij verwerende partij weigerde het arrest nr. 104.883 uit te voeren ; zijn aanmaning was expliciet gebeurd onder verwijzing naar artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat betrekking heeft op de dwangsomprocedure.

<sup>535</sup> R.v.St. nr. 120.004, VLAEMINCK, 27 mei 2003.

<sup>536</sup> *"Considérant d'office que la lettre du 4 novembre que la requérante qualifie de mise en demeure ne se présente pas comme telle ; qu'elle « prie » (...) de bien vouloir reconsidérer les conclusions de sa lettre du 18 septembre 1991 et de l'admettre au bénéfice de la non-étanchéité ; qu'elle ne fait en rien allusion à une mise en demeure ni ne se réfère à l'article 14, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ; qu'à cet égard, la circonstance que cette lettre aurait été recommandée à la poste ne suffit pas, à elle seule, à considérer que cette lettre vaut mise en demeure de statuer au sens de l'article 14, alinéa 2, des lois coordonnées précitées ; que le recours est dès lors irrecevable » (R.v.St. nr. 53.228, A.S.B.L. CESAHM, 10 mei 1995) ; « Considérant que la lettre adressée (...) à l'administration par la requérante retrace la carrière de celle-ci, rappelle la candidature qu'elle a posée pour l'année 1993-1994 et demande s'il est normal de refuser cette année sa désignation (...) ; qu'à aucun endroit elle ne contient de propos sommant l'administration de la nommer en qualité de temporaire prioritaire ni*

■ ofwel antwoordt de overheid zonder te beslissen voordat vier maanden verstreken zijn en dan kan dit antwoord desgevallend worden aangevochten ;

■ ofwel beslist zij voor het verstrijken van de termijn van vier maanden na de ingebrekestelling. Die beslissing kan – desgevallend moet – uiteraard worden bestreden ;

■ ofwel laat ze de vier maanden voorbijgaan zonder te reageren. Het enkele feit van het verstrijken van de vier maanden heeft tot wettelijk gevolg dat er een impliciet afwijzende beslissing is genomen die aanvechtbaar is voor de Raad van State volgens de gewone regelen (<sup>537</sup>) ;

■ ofwel beslist ze na het verstrijken van de termijn van vier maanden. Bij die beslissing kan de overheid eventueel haar stilzwijgende beslissing intrekken of ze motiveren ; daartegen staat beroep open bij de Raad van State binnen 60 dagen (<sup>538</sup>). Het beroep tegen de weigeringsbeslissing verliest in dat geval zijn voorwerp. Laat de betrokkene zes maanden na de ingebrekestelling voorbijgaan omdat de overheid had aangegeven te zullen beslissen en het dan niet doet, dan kan de weigering niet meer worden aangevochten omdat de beroepstermijn voor de Raad van State waarbinnen dit kon worden gedaan, verstreken is.

Door deze techniek van het uitlokken van een beslissing, ook ingeval er geen beslissing werd genomen, kan geen definitief geworden beslissing in twijfel worden getrokken. Artikel 14, § 3, kan niet worden aangewend om de beroepstermijn te omzeilen.

---

*de référence à l'article 14, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ; que la formule interrogative utilisée dans l'avant-dernière phrase de la lettre ne peut constituer une mise en demeure, même rédigée sous une forme courtoise ; que le seul fait d'envoyer un pli par recommandé ne peut suppléer à cette carence ; qu'à défaut de mise en demeure en bonne et due forme, aucune décision implicite de rejet ne peut se déduire du silence gardé pendant quatre mois par l'administration (...) » (R.v.St. nr. 59.563, BOURGEOIS, 8 mei 1996) .*

<sup>537</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 44.353, DOYEN, 5 oktober 1993 in welke zaak de "impliciete weigeringsbeslissing" om verzoeker te bevorderen, die voortvloeide uit de ontstentenis van antwoord op zijn ingebrekestelling, werd vernietigd ; R.v.St. nr. 47.702, VAN CRAEYEVELT, 31 mei 1994.

<sup>538</sup> Bijvoorbeeld S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, Kluwer, Recht en praktijk, 2003, 93, nr. 82.



153. Indien de bevoegdheid om te benoemen tot een bepaald orgaan behoort, vermag een beslissing van een ander orgaan geen aanvechtbare impliciete weigeringsbeslissing uit te maken (<sup>539</sup>). Maar wanneer ter zake een beslissing van een onbevoegde overheid definitief is geworden, is het beroep op grond van artikel 14, § 3, tegen de "stilzwijgende beslissing" van de wel bevoegde overheid niet ontvankelijk (<sup>540</sup>).

154. De regeling van artikel 14, § 3, is de gemeenrechtelijke regeling om van overheden die niet beslissen, toch de *iure* een beslissing te verkrijgen ; indien een afwijkende procedure georganiseerd is die verplichtend dient te worden uitgeput (<sup>541</sup>), dan wijkt de algemene regeling van artikel 14, § 3 daarvoor (<sup>542</sup>).

Om het stilzwijgen van de overheid in het raam van die afwijkende procedure als een voor vernietiging vatbare handeling te kunnen beschouwen, dient derhalve niet bijkomend de procedure van artikel 14 § 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State te worden doorlopen. De ontstentenis van overheidsbeslissing na een georganiseerd beroep bij de overheid kan - en moet - worden bestreden binnen de beroepstermijn na het verstrijken van de termijn waarover de overheid beschikte. Doordat de overheid niet langer bevoegd is om op te treden, zou

---

<sup>539</sup> Zo kunnen de burgemeester en de gemeentesecretaris niet optreden voor de gemeenteraad (R.v.St. nr. 28.833, REMION, 18 november 1987).

<sup>540</sup> R.v.St. nr. 19.120, MONNOYE, 6 juli 1978.

<sup>541</sup> En niet facultatief is, dat wil zeggen aan de rechtzoekende de mogelijkheid latend er al dan niet gebruik van te maken.

<sup>542</sup> Zie bijvoorbeeld de procedure ingesteld door de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (B.S. 30 juni 1994, zie ook voetnoot 219) of die ingesteld bij artikel 11, tweede lid, van de R.v.St.-wet dat bepaalt dat een eis tot buitengewone schadevergoeding voor de Raad van State slechts ontvankelijk is nadat de overheid een verzoekschrift tot vergoeding geheel of gedeeltelijk heeft afgewezen of gedurende zestig dagen verzuimd heeft daarop te beschikken. Na zestig dagen wordt de overheid in dit geval geacht een afwijzende beslissing te hebben genomen. De termijn in de reglementering bepaald terzake de georganiseerde beroepen primeert (bijvoorbeeld art. 9, 1° van het Waals decreet van 6 april 1995 dat ten voordele van de Centra voor maatschappelijk welzijn een georganiseerd beroep instelt bij de regering tegen de vernietigingsbesluiten van de gouverneur), zie I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming*, o.c., 384-388, nrs. 762-769, ook 409, nr. 807.

die bevoegdheid niet meer kunnen "herleven" door de procedure van artikel 14 § 3 toe te passen (<sup>543</sup>).

155. Belangrijk in het licht van dit werk, is de bruikbaarheid van artikel 14, § 3, ten opzichte van de weigering of de onthouding een vernietigingsarrest uit te voeren.

Er dient op gewezen te worden dat dit artikel alleen mag worden aangewend door *gewezen verzoekende partijen* en niet door derden die uit de herstelmaatregelen ter uitvoering van het arrest voordeel kunnen halen (<sup>544</sup>).

156. Beklemtoond dient ook dat artikel 14, § 3, *niet toepasselijk is wanneer het gevraagde voordeel aan een ander toegewezen werd* (<sup>545</sup>). Bij de benoeming van iemand anders is er ter bestrijding van de benoeming en van de impliciete weigering de benoeming aan de verzoeker toe te wijzen één en dezelfde termijn van beroep, met name 60 dagen (<sup>546</sup>). De weigeringsbeslissing bestaat dan reeds : ze schuilt in de toewijzingsbeslissing aan een andere persoon. De uitgelokte fictieve weigeringsbeslissing kan eventueel worden gesubstitueerd aan de expliciete weigeringsbeslissing schuilend in de aanstelling van een ander (<sup>547</sup>).

Dit geldt ook indien de benoemde persoon ontheven werd uit de functie : de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen moet in dat geval zonder het aanmanen van de overheid worden bestreden (<sup>548</sup>).

---

<sup>543</sup> R.v.St. nr. 103.610, Le CENTRE PUBLIC D'AIDE SOCIALE DE HOUYET, 15 februari 2002.

<sup>544</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 2.5.5.

<sup>545</sup> R.v.St. TIBAX voormeld, overw 4.3.

<sup>546</sup> R.v.st. nr. 90.572, DE LANNOY, 26 oktober 2000.

<sup>547</sup> Zie voor een substitutie van de fictieve weigeringsbeslissing door een expliciete beslissing, R.v.St. nr. 86.266, DETHIER, 27 maart 2000.

<sup>548</sup> R.v.St. nr. 34.295, VANDERSMISSEN, 7 maart 1990.

157. Wanneer de overheid verzuimt een beslissing te nemen die zij *uiterlijk op een bepaalde dag* moest nemen (<sup>549</sup>), moet de rechtzoekende in beroep komen binnen 60 dagen na die uiterste dag. De beroepstermijn is alsdan niet die van artikel 14, § 3, omdat die termijn maar zin heeft indien aan de overheid geen bepaalde beslissingstermijn is opgelegd. Ingeval er voor een bepaald ogenblik moet worden beslist, is er een bepaalde termijn om het stilzitten van het bestuur aan te vechten, te weten de termijn om beroep in te stellen bij de Raad van State.

158. Wat de vraag betreft of, bij schorsing van een fictieve weigeringsbeslissing (<sup>550</sup>), een dwangsom kan worden opgelegd, overweegt de Raad van State bijvoorbeeld in het schorsingsarrest N.V.INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS (<sup>551</sup>) dat door de schorsing ervan, de bestreden stilzwijgende afwijzende beslissing niet wordt tenietgedaan zodat de overheid niet verplicht kan worden om een nieuwe beslissing te nemen en er dus geen dwangsom kan worden opgelegd.

Hiertegen zou, minstens met betrekking tot deze casus, kunnen worden ingebracht dat, wanneer de overheid verplicht is te beschikken en er een fictieve weigeringsbeslissing kon worden aangevochten, de overheid reeds van onwil tot beslissen

---

<sup>549</sup> Zoals bijvoorbeeld de beslissing over een examinandus die uiterlijk de dag van de proclamatie moet worden genomen ; de beslissing over een aanstelling die voor een bepaalde datum moet geschieden.

<sup>550</sup> Schorsing van zulke fictieve weigeringsbeslissingen kan (J. BAERT en G. DEBERSAQUES, noot "Fictieve weigeringsbeslissingen zijn vatbaar voor schorsing door de Raad van State" bij R.v.St. nr. 56.258, DE SMEDT, 17 november 1995, R.W. 1995-96, 987-990 ; zie ook de noot van J. STEVENS bij dit arrest, T.B.P. 1996, 376-377 (377); R.v.St. nr. 52.580, OVART, 29 maart 1995, advies eerste auditeur I. KOVALOVSKY, A.P.T. 1995, 166-169; DEBERSAQUES, G., "Alle weigeringsbeslissingen zijn vatbaar voor schorsing door de Raad van State", noot onder Raad van State nr. 80.941, DEMEULDRE, 14 juni 1999 (algemene vergadering), R.W. 1999-2000, 672 ; R.v.St. nr. 85.427, DE SCHRIJVER, 21 februari 2000 ; S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, O.c. 57-58 nr. 19.

<sup>551</sup> R.v.St. nr. 45.087, N.V.INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS, 30 november 1993 en R.v.St. nr. 47.941, N.V. INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYKSTEMS, 14 juni 1994 met noot I. OPDEBEEK, "De aanvechtbaarheid in kort geding en ten gronde van de fictieve weigering van de erkenning als aannemer van openbare werken" R.W. 1994-1995, 848-850 waarin zij stelt "Wanneer er een beslissing bestaat, ook al is het dan maar dankzij een juridische fictie, dient de rechtzoekende die fictie consequent door te voeren en kan hij niet tegelijk pretenderen dat geen beslissing is genomen".

heeft getuigd. De overheid heeft alsdan in tempore non suspecto niet beslist, ze heeft na een vraag daartoe niet beslist, zij heeft niet gereageerd op een aanmaning stellend dat haar stilzwijgen zou bestreden worden voor de Raad van State en na dergelijke brief meer dan vier maanden niets gedaan. Bij die volgehouden onwil is het vermoeden gerechtvaardigd dat een schorsingsarrest ook niet zal worden uitgevoerd. Omdat de overheid in die omstandigheid, iets moet beslissen, een beslissing over datgene wat wordt gevraagd, lijkt het opleggen van een dwangsom om haar een welbepaalde beslissing te doen nemen verantwoord. De Raad van State matigt zich daarbij geen discretionaire beslissingsbevoegdheid aan want hij schorst alleen de weigering een besluit te nemen dat de overheid moet nemen. Van in de plaats stellen van het bestuur met betrekking tot de inhoud van de beslissing is daarbij geen sprake. Dat de fictieve weigering blijft bestaan en er derhalve rekening mee moet worden gehouden dat er een beslissing is genomen, zij het fictief, is een argument dat geen verband houdt met de zaak. Net zoals het geval met alle andere beslissingen is die fictieve weigering door de schorsing in haar uitvoering geschorst, bestaat de bestuurshandeling maar sorteert ze geen rechtsgevolgen. Het is de onrechtmatigheid van de bestaande weigering die door het schorsingsarrest wordt vastgesteld en de overheid kan die onrechtmatigheid maar verhelpen door een nieuwe beslissing te nemen, nu ze er één moet nemen. De feiten in de zaak N.V.INDUSTRY PROJECT AND ENGINEERING SYSTEMS hebben trouwens aangetoond - er was geen dwangsom opgelegd - dat het schorsingsarrest op zich, zonder de geldelijke dreiging, de overheid niet tot bewegen heeft aanzet ; immers, op het ogenblik van het wijzen van het annulatiearrest was er nog steeds geen beslissing genomen.

159. Tenslotte kan de impliciete beslissing maar zinvol worden geconstrueerd, indien de uitdrukkelijke beslissing in rechte mogelijk is <sup>(552)</sup>. Terzake ambtenaren hoort daar ook toe, de weigering om een beslissing te nemen aangaande een

---

<sup>552</sup> R.v.St. nr. 20.686, EECKMAN en VALCKE, 4 november 1980.

kandidatuur voor bevordering, ongeacht het feit dat de overheid er niet toe verplicht is de bevordering te verlenen (<sup>553</sup>).

160. Tot daar de wijze waarop de overheid tot beslissen kan worden aangezet wanneer ze het niet uit eigen beweging doet (<sup>554</sup>). Na het vernietigingsarrest dat toepassing maakt van artikel 14, § 3, is de overheid ertoe gehouden een beslissing te nemen. Tegenover een nieuwe ontstentenis tot handelen kan een procedure worden ingeleid met het oog op het opleggen van een dwangsom ter uitvoering van een arrest dat een fictieve weigeringsbeslissing vernietigt.

Beslist de overheid wel maar (opnieuw) met miskennen van de voorrangsregeling of van de aanspraken van verzoekende partij, dan moet de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen binnen de beroepstermijn geldend voor het beroep tegen het besluit tot benoeming, worden aangevochten.

161. Onder dit hoofdstuk werd de weg beschreven volgens welke de Raad van State ertoe is gekomen de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid nietig te verklaren. In de volgende hoofdstukken wordt de weg beschreven die ertoe kan leiden dat de Raad van State de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen bij discretionaire bevoegdheid uitspreekt ; in het eerste hoofdstuk worden elementen overlopen die mede hebben toegelaten de wezenlijke redenering daartoe vorm te geven.

---

<sup>553</sup> R.v.St. nr. 94.254, ROOSENBOOM, 26 maart 2001.

<sup>554</sup> Zie, naast de uitvoerige bespreking van de fictieve weigeringsbeslissing in het proefschrift van I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming*, o.c., 262-264, nrs. 475-568, van dezelfde auteur ook *Het inactieve bestuur. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988.

## HOOFDSTUK 4. ELEMENTEN VAN DE BENOEMINGSPROCEDURE BIJ DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID

### *AFDELING 1 : Elementen die het ontstaan of het behoud van rechtmatige aanspraken in de weg kunnen staan*

162. Bij de zoektocht naar het antwoord op de vraag, hoe ertoe te komen dat iemand wordt benoemd na het eerste arrest bij gebonden bevoegdheid, of na één of meerdere arresten als de overheid keuzebevoegdheid heeft, werden de volgende rechtspraakelementen in gedingen voor de Raad van State aangewend. Staan ze niet altijd in direct verband met rechtspraak die zich ontwikkeld heeft rond de vraag of de impliciete weigeringsbeslissing kon worden aangevochten of vernietigd, toch hebben ze er toe bijgedragen de rechtspraak in die richting te doen evolueren. Die elementen omvatten de omstandigheden waarin het bestuur een benoemingsprocedure moet inzetten, die procedure kan stopzetten of daarentegen moet afhandelen ; overwegingen rond de vacature, de oproep tot de kandidaten ; overwegingen omtrent de (tijdige) vaststelling van de benoemingsvoorwaarden, of omtrent de organisatie van een examen ; de vraag welke benoemingsmogelijkheden voorhanden zijn wanneer totaal geen benoemingsvoorwaarden bestaan.

163. Op de weg naar het tot stand brengen van een benoeming indien alle voorwaarden daartoe zijn vervuld, vormt het herbeginnen van de benoemingsprocedure met verscheidene kandidaten een grote hinderpaal. Vaak is in het verleden door de Raad van State ook zelfs geen reden gevraagd waarom een ingezette benoemingsprocedure niet werd afgehandeld. Zoals hieronder blijkt is dat niet langer het geval.

#### § 1 : Vacatureberichten

##### 1. GEEN NIEUWE OPROEP ZONDER DEUGDELIJK MOTIEF

164. In de zaken GONTHIER <sup>(555)</sup> en HENRY <sup>(556)</sup> werd na een eerste oproep, een nieuwe oproep tot de kandidaten gedaan. Beide arresten stellen zonder meer dat

*"...geen wets- of verordeningstekst verbiedt een oproep tot gegadigden waarop geen benoeming gevolgd is, te herhalen..." en dat "...geen wet of verordening verhindert dat een nieuwe oproep tot gegadigden wordt gedaan ongeacht of de benoeming gedaan en vernietigd werd, dan wel of er geen benoeming is geweest".*

Laten we echter stellen dat thans de vaste tendens in de rechtspraak is dat de Raad van State oordeelt dat de beslissing die de hernieuwing van regelmatig ingediende kandidaatstellingen oplegt, als onwettig moet worden beschouwd indien zij niet op aanneembare motieven is gesteund <sup>(557)</sup>.

Zulk een motief kan zijn dat de overheid de onbekwaamheid heeft vastgesteld van wie regelmatig zijn kandidatuur heeft ingediend, anders kan zij niet wettig een nieuwe oproep tot de kandidaten richten <sup>(558)</sup>. Het personeelslid dat zich kandidaat heeft gesteld, blijft kandidaat zolang de bedoelde betrekkingen vacant blijven.

Het motief dat er vijf jaar verstreken zijn sinds de bekendmaking van de vacature, kan niet worden geacht het motief te zijn om de oproep tot de kandidaten te herbeginnen als die termijn verstreken is door toedoen van de overheid zelf, die tot tweemaal toe kandidaten had benoemd die niet voldeden aan de voorwaarden <sup>(559)</sup>. Ligt daarentegen niet de overheid aan de basis van de tijdspanne gelegen tussen de ingewonnen adviezen en de benoeming, dan kan haar niet worden verweten de

---

<sup>555</sup> R.v.St. nr. 14.552, GONTHIER, 25 februari 1971.

<sup>556</sup> R.v.St. nr. 15.340, HENRY, 8 juni 1972.

<sup>557</sup> R.v.St. nr. 16.190, DEROEP, 9 januari 1974.

<sup>558</sup> R.v.St. nr. 39.064, JASSOGNE, 27 maart 1992, *J.T.* 1993, 127 verslag en advies J.F. NEURAY : "Een bestuur vermag niet zonder goede reden een lopende benoemingsprocedure af te breken en een nieuwe procedure op te starten met het lanceren van een nieuwe oproep tot de kandidaten" (R.v.St. nr. 72.488, ROTSART, 17 maart 1998).

<sup>559</sup> R.v.St. nr. 47.444, BOURGEOIS, 11 mei 1994.

betrekking opnieuw vacant te verklaren wanneer reeds meer dan drie jaar verstreken zijn sinds de vorige adviezen (<sup>560</sup>).

## 2. VERPLICHTING TOT HET MEEDELEN VAN DE VACANTE BETREKKING

165. Volgens de vooral vroegere rechtspraak is de overheid slechts verplicht een openbare oproep tot de kandidaten te doen indien een bijzondere wettelijke of reglementaire bepaling dit uitdrukkelijk voorschrijft (<sup>561</sup>). Het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt zou, luidens die rechtspraak, geen verplichting inhouden om vacatures te publiceren (<sup>562</sup>). In de arresten VAN GORP (<sup>563</sup>) en DACOSSE EN HALET (<sup>564</sup>) wordt zelfs geoordeeld dat de openbare oproep tot de gegadigden en meteen ook de vergelijking van hun verdiensten en geschiktheid, niet vereist is bij ontstentenis van uitdrukkelijke wets- of verordeningsbepaling, rechtspraak waarop de Raad van State helemaal is teruggekeerd.

De impliciete weigering om een oproep tot de kandidaten te publiceren kan slechts - indien enkel deze beslissing wordt aangevochten - worden bestreden wanneer de voorwaarden bepaald

---

<sup>560</sup> R.v.St. nr. 58.195, BOSSUYT, 19 februari 1996.

<sup>561</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 8.151, DE BEER, 18 oktober 1960 (advies van Substituut Auditeur-generaal DE LEYE, T.B.W., 1962, 84-86) ; R.v.St. nr. 10.931, ROELANDT, 16 december 1964 ; R.v.St. nr. 12.805, GODELAINE c.s., 6 februari 1968 ; R.v.St. nr. 13.754, DENSON, 24 november 1969 ; R.v.St. nr. 15.789, VANSCHAMELHOUT, 3 april 1973 ; R.v.St. nr. 16.325, DEPONTHIERE, 26 maart 1974 ; R.v.St. nr. 16.907, SMITS, 4 maart 1975 ; R.v.St. nr. 27.206, A.S.B.L. FEDERATION DES CHAMBRES SYNDICALES DE MEDECINS ET CONSORTS, 28 november 1986.

<sup>562</sup> Zie Permanente Tabellen, Tw. OPENBARE AMBTENAREN EN BEAMBTEN, IV D, en Tw. RECHTEN EN VRIJHEDEN, III T c. ; zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 36.686, DESCOUVEMENT, 20 maart 1991. De Raad van State oordeelt in het arrest nr. 15.633, RYCKBOST van 19 december 1972 dat artikel 6 van de Grondwet (thans artikel 11) geen bijzonder voorschrift bevat dat een openbare oproep zou opleggen. In het arrest nr. 27.206, A.S.B.L. FEDERATION DES CHAMBRES SYNDICALES DE MEDECINS ET CONSORTS, 28 november 1986 voormeld wordt geoordeeld dat noch het decreet (...) noch het uitvoeringsbesluit voorschrijven dat benoemingen (...) naar de vorm moeten worden vergeleken zoals dat het geval is krachtens het beginsel van de gelijke toegang tot de openbare betrekkingen en dat evenmin in enig voorschrift een oproep tot de gegadigden wordt opgelegd.

<sup>563</sup> R.v.st. nr. 9.516, VAN GORP, 29 juni 1962.

<sup>564</sup> R.v.St. nr. 13.711, DACOSSE EN HALET, 26 september 1969.



bij artikel 14 § 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State zijn vervuld (<sup>565</sup>).

*A. Het arrest Cartois, een kentering*

166. In het arrest CARTOIS (<sup>566</sup>) wordt de overheid er wel toe verplicht een openbare oproep tot bepaalde kandidaten te richten. Er wordt gesteld dat *"de gelijkheidsregel de overheid ertoe verplicht rekening te houden met de aanspraken van al degenen van wie zij weet of weten moet dat zij belangstelling hebben voor de te begeven functie"*.

In diezelfde zin is het arrest LEJEUNE (<sup>567</sup>) te vermelden, waarbij een benoemingsbesluit wordt vernietigd omdat het bestuur geen oproep tot de kandidaten heeft gedaan en bijgevolg de titels en verdiensten van de kandidaten die voor de benoeming in aanmerking kwamen, niet heeft vergeleken. In het arrest MICHIELSEN oordeelt de Raad van State dat op grond van de vereiste tot gelijke behandeling aan alle belanghebbenden de gelegenheid moet worden gegeven om zich kandidaat te stellen, ook al noodzaakt dit een nieuwe oproep tot de kandidaten (<sup>568</sup>).

De overheid kan zich ter verantwoording van het gegeven dat zij geen oproep heeft gedaan, niet beroepen op het feit dat de herziening van de statutaire tekst die de oproep oplegt en die zij ongrondwettig acht, bijna beëindigd is ; de Raad van State vernietigt in dat geval de impliciete weigeringsbeslissing om een oproep tot de kandidaten te richten met het oog op een tijdelijke aanstelling in verscheidene vacante betrekkingen (<sup>569</sup>).

*B. De verplichting tot een openbare oproep vloeit voort uit een algemeen rechtsbeginsel*

---

<sup>565</sup> R.v.St. nr. 117.467, GERARD, 25 maart 2003.

<sup>566</sup> R.v.St. nr. 31.358, CARTOIS, 22 november 1988.

<sup>567</sup> R.v.St. nr. 36.568, LEJEUNE, 6 maart 1991.

<sup>568</sup> R.v.St. nr. 29.550, MICHIELSEN, 15 maart 1988.

<sup>569</sup> R.v.St. nr. 46.796, CHLEIDE, 30 maart 1994.

167. Indien de overheid ingaat op een individueel verzoek van een personeelslid om een betrekking te mogen waarnemen zonder zich af te vragen of er nog anderen zijn met dezelfde ambities, strookt dit niet met het gelijkheidsbeginsel. Het gevolg geven aan een individueel verzoek strookte in het geval CARTOIS bovendien al evenmin met de bij omzendbrief vastgelegde ministeriële richtlijn die specifiek ten behoeve van het invullen van de functie in geding een openbare oproep voorschreef. Door te stellen dat het doen van een oproep een algemeen rechtsbeginsel is, hoefde de Raad van State zich niet uit te spreken over de vraag of de overheid door de omzendbrief was gebonden. Om het als dusdanig te beschouwen, en zelfs van openbare orde te bevinden, werd reeds gepleit door R. VEKEMAN :

*"Wij zijn de mening toegedaan, dat bij een benoeming of een bevordering, waarvoor meerdere kandidaten of het ruime publiek van al degenen, die de gestelde voorwaarden vervullen in aanmerking komen, de bekendmaking van de vacature, ook bij ontstentenis van een wettelijk voorschrift, moet worden aangezien als een regel van behoorlijk bestuur, die door de Raad van State ambtshalve moet worden ingeroepen (<sup>570</sup>)".*

168. Elkeen die de voorwaarden vervult voor toegang tot een bepaalde functie, moet zich daarvoor kandidaat kunnen stellen op grond van het beginsel van de gelijke toegang tot betrekkingen in overheidsdienst. Is dit niet gebeurd of is niet aangetoond dat zulks gebeurde, dan heeft een verzoekende partij er, luidens het arrest MICHIELSEN, wel belang bij de ontstentenis van bekendmaking van de vacature aan te vechten, maar er geen belang bij om de impliciete weigeringsbeslissing te bestrijden haar de benoeming te verlenen (<sup>571</sup>). Dat de oproep mede tot doel heeft het bestuur over een zo ruim mogelijke keuze te laten beschikken, leidt er toe dat de Raad van State

---

<sup>570</sup> R. VEKEMAN, "Het belang als ontvankelijkheidsgrond van het middel in de beroepen tot nietigverklaring voor de Raad van State", *T.B.P.*, 1982, 308-322 (313).

<sup>571</sup> R.v.St. nr. 29.550, MICHIELSEN, 15 maart 1988.

rekening moet houden met de belangen van andere, niet bij annulatieberoep opgekomen kandidaten (<sup>572</sup>).

### 3. GEEN VERPLICHTING TOT HET VERRICHTEN VAN EEN OPROEP

In specifieke gevallen kunnen er redenen bestaan om geen openbare oproep te doen, bijvoorbeeld wanneer de overheid over een werfreserve beschikt, de benoeming vertrouwelijkheid vraagt of kortstondig is, bij een mutatie om redenen van dienstbelang of ter uitvoering van een annulatiearrest (<sup>573</sup>).

169. Bij een bestaande werfreserve is het juridisch vereist dat de overheid, in plaats van een oproep tot externe kandidaten te doen, kandidaten die bij een vorige selectieprocedure gunstig beoordeeld werden, oproept. In voorkomend geval wordt een buitenstaander dan ook niet benadeeld door het feit dat geen openbare oproep tot externen wordt gedaan.

170. Evenzeer oordeelt de Raad van State dat de overheid geen oproep tot de kandidaten en vergelijking moet doen van alle kandidaten waarvan zij wist of behoorde te weten dat zij voor de betrokken functie interesse hadden, indien de te begeven functie een *vertrouwenspost* is (<sup>574</sup>). In dat geval kan de overheid de persoon aan wie zij die functie wil toevertrouwen, vrij uitkiezen, onder het enige voorbehoud dat zij de wettelijke of verordenende bepalingen naleeft die haar vrijheid beperken (<sup>575</sup>).

171. Er moet geen oproep tot de gegadigden gebeuren voor de aanstelling van een ambtenaar in een hoger ambt indien de

---

<sup>572</sup> R.v.St. nr. 30.504, LEMMENS, 28 juni 1988.

<sup>573</sup> Zie de zaken VAN DEN ABBEELE besproken vanaf randnr. 256.

<sup>574</sup> Bijvoorbeeld de regeringscommissaris bij de universiteit (K.U. Leuven en K.U.Brussel).

<sup>575</sup> R.v.St. nr. 41.477, STIENLET, 22 december 1992. De Raad van State verwijst voor deze overweging naar het arrest nr. 36.685, VAN EECKAUTE van 19 maart 1991 waarin hij dezelfde redenering huldigt.

statutaire bepalingen hiertoe niet verplichten <sup>(576)</sup>. Evenwel mag een aanstelling voor een hogere functie in een vacante betrekking slechts geschieden op voorwaarde dat de procedure tot definitieve toewijzing van die betrekking wordt ingezet <sup>(577)</sup>. Dat was duidelijk niet het geval in de zaak ETIENNE waarin de ambtenaar de hogere functie ten tijde van de benoemingsprocedure reeds gedurende zeventien jaar uitoefende... <sup>(578)</sup>. In het arrest PETRE <sup>(579)</sup> schorst de Raad van State het aanstellingsbesluit omdat de overheid gedurende twee jaar verzuimd had die procedure in te zetten. Dat doet de Raad ook in het arrest WEEMAES <sup>(580)</sup>, overwegend dat na het arrest nr. 56.212 <sup>(581)</sup> redelijkerwijze kon worden verwacht dat de overheid betreffende de vacant zijnde betrekking (...) enig initiatief zou nemen om deze te doen toekennen doch dat zij geen enkel stuk neerlegt waaruit zou kunnen blijken dat de voormelde procedure nog lopende is of opnieuw werd ingezet zodat dit stilzitten ten deze in elk geval moet worden uitgelegd als een afzien van de begin 1993 ingezette procedure.

172. Een korte tijdelijke aanstelling moet al evenmin worden voorafgegaan door een oproep indien de regelgeving terzake niets voorziet : dat zou moeilijk te verzoenen zijn met de eigen aard van een dergelijke aanstelling die doorgaans

---

<sup>576</sup> Zo toch bijvoorbeeld niet in artikel 4 van het koninklijk besluit van 8 augustus 1983 betreffende de uitoefening van een hoger ambt in de Rijksbesturen. Het hoeft niet te worden beklemtoond dat de toewijzing van de hogere functie op deugdelijke motieven moet steunen (R.v.St. nr. 20.370, COSTROP, 30 mei 1980 ; R.v.St. nr. 69.336, WEEMAES, 3 november 1997).

<sup>577</sup> Zie bijvoorbeeld de in de vorige voetnoot geciteerde reglementaire bepaling.

<sup>578</sup> R.v.St. nr. 112.309, ETIENNE, 6 november 2002. De aanwijzing van V. GODIN om de hogere functie van administrateur-generaal uit te oefenen wordt tevens geschorst bij arrest nr. 112.310, ETIENNE van 6 november 2002.

<sup>579</sup> R.v.St. nr. 44.343, PETRE, 4 oktober 1993.

<sup>580</sup> R.v.St. nr. 62.887, WEEMAES, 31 oktober 1996, ook geciteerd door J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 133-134, nr. 47, vn. 66. Verzoeker had daarbij onder meer aangevochten "de impliciete beslissing om de procedure tot definitieve benoeming van een directeur-generaal bij het bestuur van de medische expertise niet terstonds te herbeginnen".

<sup>581</sup> R.v.St. nr. 56.212, WEEMAES, 13 november 1995.

hoogdringend is (<sup>582</sup>). Indien het een tijdelijke aanstelling betreft van een kandidaat die aan de benoemingsvoorwaarden voldoet, moet er een deugdelijke reden zijn om hem niet te benoemen, zeker ingeval een benoemingsprocedure is ingezet die niet verder wordt afgehandeld. Er moeten motieven bestaan waarom een vacante betrekking slechts tijdelijk wordt toegewezen (<sup>583</sup>). Dat geldt uiteraard des te meer indien de kandidaat die tijdelijk wordt aangesteld, door een annulatiearrest geacht wordt de meeste aanspraken op benoeming in de omstreden betrekking te kunnen laten gelden.

Het is derhalve in uitzonderlijke gevallen, zoals ook het geval van een mutatie om redenen van dienstbelang, dat een vacantverklaring achterwege mag blijven (<sup>584</sup>).

173. Het spreekt voor zich dat tot de vacantverklaring moet worden besloten voor het tijdstip waarop moet worden benoemd. Indien het statuut ertoe verplicht te benoemen onder bepaalde omstandigheden, vermag de overheid zich niet af te vragen of zij al dan niet een betrekking vacant zal verklaren omdat alsdan het ogenblik van vacantverklaring het ogenblik van benoeming bepaalt. Zo indien het statuut bepaalt dat de waarneming van een functie kan gebeuren *"in afwachting van een toelating tot de proeftijd die moet gebeuren binnen drie jaar vanaf de datum waarop de betrekking vacant is geworden"*, kan de overheid niet ongemotiveerd stellen dat die periode van drie jaar slechts een aanvang neemt op het tijdstip van de vacature indien zij de vacantverklaring steeds weer voor zich schuift.

---

<sup>582</sup> R.v.St. nr. 26.225, DE RIDDER, 4 maart 1986, *T.B.P.*, 1987, 133.

<sup>583</sup> R.v.St. nr. 51.155, SCHOLLAERT, 17 januari 1995. De Raad van State oordeelt dat dit geval een typevoorbeeld is van overheidshandelen waarvoor op geen enkel ogenblik ook maar de minste verantwoording wordt verstrekt : geen verantwoording voor het feit dat geen gevolg wordt gegeven aan de interne oproep, geen verantwoording voor het gegeven dat van een interne naar een externe oproep wordt overgeschakeld, geen verantwoording voor het feit dat een oproep gelanceerd met het oog op werving uitloopt op een tijdelijke aanstelling, geen verantwoording voor de omstandigheid dat een vacante betrekking slechts tijdelijk wordt toegewezen, geen verantwoording voor het maken van de keuze voor andere kandidaten terwijl de verzoeker die personeelslid is van verwerende partij, niet verkozen werd.

<sup>584</sup> R.v.St. nr. 36.684, FRANCOIS, 19 maart 1991.

De overheid kan niet laten gelden dat het haar toekomt de opportuniteit van de vacantverklaring op grond van het algemeen belang te beoordelen. Dergelijke discretionaire bevoegdheid kan niet worden verzoend met de bij in zopasgegeven voorbeeld statutair aangegeven maximumtermijn ; de betekenis van die termijn bestaat erin dat een vacante betrekking niet onbepaald in de tijd aan een waarnemer kan worden toevertrouwd en aldus worden onthouden aan een kandidaat voor toelating tot de proeftijd. Die onbepaaldheid in de tijd zou zich nu juist wel voordoen indien de aanvang van de termijn zou afhangen van een discretionair besliste vacantverklaring <sup>(585)</sup>. De weigeringsbeslissing om een betrekking vacant te verklaren voor toelating tot de proeftijd werd in dergelijke omstandigheden geschorst.

De administratieve rechter overweegt in het arrest AMPE, er de overheid bij discretionaire bevoegdheid niet toe te kunnen verplichten een betrekking vacant te verklaren, althans niet in het dispositief van zijn arrest. Wel stelt hij dat hij in de onverbrekkelijk met het dictum van het arrest verbonden motieven, het voorhanden zijn van een dergelijke verplichting mag vaststellen <sup>(586)</sup>.

#### 4. VAN EEN INTERNE OPROEP NAAR EEN EXTERNE OPROEP OF OMGEKEERD

174. Op grond van wettelijke bepalingen kan de overheid ertoe verplicht zijn de oproep tot de kandidaten voor benoeming enkel te richten tot wie reeds in het bestuur fungeert. Zo kan een foute toepassing van die bepalingen de benoemingsprocedure onwettig maken en mag de overheid de oproep "verengen" indien

---

<sup>585</sup> R.v.St. nr. 58.852, HOLSTERS, 27 maart 1996. I. OPDEBEEK wijst er op dat in dit geval de weigering om de betrekking vacant te verklaren kan worden bestreden in het raam van artikel 14 § 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (I. OPDEBEEK, "R.v.St.-wet, art. 14, par. 3" in X, *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer rechtswetenschappen België, Antwerpen, 54, vn. 12.)

<sup>586</sup> R.v.St. nr. 46.115, AMPE, 15 februari 1994.

zij tot de vaststelling is gekomen dat haar statuut voorrang verleent voor benoeming aan wie in dienst is en zij dus ten onrechte buitenstaanders wou aantrekken (<sup>587</sup>).

Bij afwezigheid van dergelijke bepalingen vermag de overheid oordelen de kandidaturen te moeten verruimen tot ook wie niet in de dienst tewerkgesteld is waar de betrekking moet begeven worden. Heeft de overheid reeds een interne oproep gedaan waaraan zij geen gevolg geeft, dan moet zij deugdelijk verantwoorden waarom zij van een interne naar een externe oproep overschakelt (<sup>588</sup>).

De Raad van State blijkt de overheidsbeslissing om bij voorkeur een ambtenaar te bevorderen, liever dan over te gaan tot aanwerving van buitenstaanders, als een beginsel van goed bestuur in personeelsaangelegenheden te beschouwen. In het arrest PUISSANT (<sup>589</sup>) wordt beslist dat een ambtenaar zich kan beroepen op een "voorkeurrecht" t.o.v. nieuwkomers om in een vacante betrekking in zijn dienst te worden bevorderd ; in dezelfde zin wordt in het arrest GEERTS (<sup>590</sup>) het toewijzen van betrekkingen aan leden van het eigen personeel gekarakteriseerd als een rechtmatige "algemeen gangbare handelwijze".

175. Uit de motivering van de regelgeving zelf kan blijken dat een nieuwe oproep noodzakelijk is (<sup>591</sup>). Ook dat motief kan op zijn rechtsgeldigheid worden getoetst, tenzij uiteraard het om een wettelijke bepaling gaat ; de Raad van State is er niet toe bevoegd om de wet of het decreet (<sup>592</sup>) aan de Grondwet te

---

<sup>587</sup> R.v.St. nr. 27.685, VERMEULEN, 17 maart 1987.

<sup>588</sup> R.v.St. nr. 51.155, SCHOLLAERT, 17 januari 1995.

<sup>589</sup> R.v.St. nr. 16.297, PUISSANT, 14 maart 1974.

<sup>590</sup> R.v.St. nr. 16.157, GEERTS, 11 december 1973. In het arrest nr. 37.833, MOORS van 8 oktober 1991 wordt geoordeeld "*dat in een gehiërarchiseerde administratieve dienst van een behoorlijke omvang, (...) de normale werkwijze om de functie van hoofd van de dienst te begeven, die bij wege van bevordering is*". Zie ook R.v.St. nr. 39.022, MOORS, 17 maart 1992.

<sup>591</sup> Bijvoorbeeld het K.B. van 8 maart 1978 tot wijziging van het K.B. van 17 september 1976 betreffende de organisatie en het personeelsstatuut van het ABOS.

<sup>592</sup> R.v.St. nr. 35.658, V.Z.W. VLAAMSE HOGESCHOLEN VAN HET LANGE TYPE (VHOLT), 16 oktober 1990.

toetsen (<sup>593</sup>), doch wel aan internationale rechtsregels voor zover ze rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde (<sup>594</sup>).

## § 2 : Talmen met het vaststellen of met het bekendmaken van de benoemingsvoorwaarden (<sup>595</sup>)

### 1. ONREDELIJK LANG TALMEN MET HET VASTSTELLEN (<sup>596</sup>)

176. Jaren wachten met het vaststellen van benoemingsvoorwaarden kan niet zonder motief (<sup>597</sup>). Vroeger werd

<sup>593</sup> R.v.St. nr. 36.414, NEW-LAREM NAMUR en cons., 8 februari 1991 ; R.v.St. nr. 24.822, PIRON, 14 november 1984. De Raad van State is er niet toe bevoegd, in een vordering tot nietigverklaring van een reglement, kennis te nemen van een middel waarin de wet wordt bekritiseerd waarvan het reglement de uitvoering beoogt (R.v.St. nr. 28.542, TRUSSART, 30 september 1987). Als de wet de Koning heeft gemachtigd om een maatregel te nemen, is de Raad van State niet bevoegd om de wet op haar grondwettigheid te toetsen, doch als de wet die bevoegdheid niet aan de Koning heeft opgedragen dan moet de Raad van State de Koninklijke Besluiten waarin die wet als rechtsgrond wordt aangevoerd echter wel op hun grondwettigheid beoordelen (R.v.St. nr. 25.763, DE JONGHE en cons., 23 oktober 1985).

<sup>594</sup> R.v.St. nr. 43.008, GEMEENTE VOEREN, 18 mei 1993. De Raad van State moet *ambtshalve* de strijdigheid met het internationale verdragsrecht nagaan (R.v.St. nr. 25.526, BLAES en cons., 26 juni 1985). De Raad van State is ertoe verplicht om de wettelijke norm die in strijd is met een internationaal verdrag met rechtstreekse werking onverbindend te verklaren, met andere woorden, een einde te maken aan de uitwerking ervan (R.v.St. nr. 32.987, NGUYEN, 6 september 1989).

<sup>595</sup> Zie bijvoorbeeld over de niet-uitvoering van een regelgevende bevoegdheid : A. VAN OEVELEN, "De materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat voor de niet-uitvoering van regelgevende bevoegdheid", in *Publiek recht, ruim bekeken (Opstellen aangeboden aan Prof. J. GIJSSELS)*, Antwerpen, Maklu-uitgevers, 1994, 427 e.v.

<sup>596</sup> I. OPDEBEEK vermeldt dat iets meer dan 20 % van de wetgeving die in 1974 werd gepubliceerd en die verdere uitvoering nodig had om te kunnen worden toegepast, in 1976 nog geen uitvoering had gekregen (*Rechtsbescherming...*, o.c., 7-9, nrs. 18-22 en 142-143, nr. 287).

<sup>597</sup> "De administratie moet oordelen of zij al dan niet een maatregel ter uitvoering van een reglementaire bepaling zal nemen en zo ja, wanneer en welke maatregel, doch bij die beoordeling is zij gebonden (...) door de regel dat zij geen schade mag veroorzaken door gebrek aan vooruitzicht of voorzorg, of zelfs door nalatigheid" (Concl. E. KRINGS bij Cass., 23 maart 1984, R.W. 1984-85, 30). Zie ook R.v.St. nr. 16.609, GEMEENTE WEMMEL, 3 september 1974 : "Geen uitvoering geven aan een wet is onwettig als de wet zonder die aanvullende voorschriften niet de uitwerking kan hebben die aan de bedoeling van de wetgever beantwoordt en indien rechten of belangen (...) door het verzuim worden geschaad."



vastgesteld dat de overheid, bijvoorbeeld de Regie der Luchtwegen of de Regie der Posterijen, er niet toe bereid was het taalkader (<sup>598</sup>) of het personeelsstatuut vast te stellen of aan te passen (<sup>599</sup>). Gelet op het feit dat de naleving van de taalwetgeving van openbare orde is (<sup>600</sup>), wierp de Raad van State de schending daarvan ambtshalve op zodat de bij ontstentenis van taalkader gedane benoemingen hoe dan ook werden vernietigd (<sup>601</sup>). De niet-vaststelling van de taalkaders

---

<sup>598</sup> Bij arresten nr. 23.823 van 16 december 1983, nr. 28.401 van 2 juli 1987, nr. 31.651 van 20 december 1988, nr. 34.839 van 2 mei 1990, nr. 40.175 van 27 augustus 1992 en nr. 45.695 van 19 januari 1994 heeft de Raad van State de gezamenlijke taalkaders van de Regie der Luchtwegen (thans BELGOCONTROL) vernietigd.

<sup>599</sup> Men kan zich indenken dat de reden waarom de overheid dat niet deed de volgende was : volgens afspraak werden de betrekkingen - vooral van niveau I - verdeeld volgens de grootte van de politieke partijen. Benoemingen verricht door een overheid die de politieke verdeling niet volgde, werden voor de Raad van State aangevochten meestal wegens afwezigheid van het taalkader. Het scenario verliep dan zo dat gewacht werd tot het verslag van de auditeur werd betekend ; dan werden de verzoekende partijen of iemand voor hen, door de minister geroepen. Er werd hen voorgesteld dat, indien zij afstand van geding zouden doen, zij een benoeming zouden verwerven. De benoemingsbesluiten werden omgewisseld tegen afstanden van geding. „*Un désistement dans une affaire de fonction publique est quelquefois l'aboutissement de longues négociations (on enseigne pourtant que la collation des emplois publics est hors commerce...)*” (M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 158). Ook J. VANDE LANOTTE verwijst naar het onderhandelen : “(...) ook een regelmatige benoeming blijft gedurende lange tijd theoretisch en onzeker, dus is de beste oplossing dat tijdens de procedure (...) een compromis wordt gezocht.” (“De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden, een docudrama”, l.c., 569). Wijlen Eerste Voorzitter van de Raad van State P. VERMEULEN waarschuwde er bij dergelijke gedingen op de terechtzitting voor dat niet meer op die wijze (na het auditoraatsverslag, in globo) afstand van geding mocht worden gedaan. Daar moest een deugdelijke reden toe zijn of de Raad van State zou de afstand niet langer inwilligen.

<sup>600</sup> Constante rechtspraak, bijvoorbeeld R.v.St. nrs. 16.712, HINQUE en 16.713, PETURE van 14 november 1974 inzake vaststelling van de taalkaders ; wel dient de verzoeker over belang te beschikken : “(...) een rechtshandeling kan niet, ook niet op grond van een middel dat de openbare orde raakt, vernietigd worden indien verzoeker niet laat blijken van het rechtens vereiste belang.” (R.v.St. nr. 52.978, DE KINDER, 18 april 1995 ; R.v.St. nr. 67.627, ROULET, 4 augustus 1997). Zie A. WIRTGEN, *Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State uitspraak doende over beroepen tot nietigverklaring van administratieve rechtshandelingen*, Proefschrift, Brussel, 2003, 513 pp., 160-169, nrs. 179-185.

<sup>601</sup> Bijvoorbeeld bij de Regie der luchtwegen (thans BELGOCONTROL) worden verschillende benoemingen vernietigd omdat het taalkaderbesluit van 26 maart 1980 niet aan de gewijzigde personeelsformatie was aangepast, zie o.m. R.v.St. nr. 28.545, DAELEMAN e.a., 6 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.546, CLEYMANS en JEURISSEN, 20 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 28.631, DENEFF, DE ROECK en DAVID, 20 oktober 1987 ; R.v.St. nr. 111.800, REKOMS, 23 oktober 2002 : vernietiging van een bevordering van bestuurssecretaris adjunct-directeur waartoe was overgegaan bij ontstentenis van regelmatig vastgesteld taalkader.

verleende een sanctiemogelijkheid die de politieke groeperingen en de vakorganisaties van het overheidspersoneel wilden behouden zo benoemde overheden hun afspraken niet nakwamen. J. VANDE LANOTTE wijst op het courant gebruik van het beroep bij de Raad van State als pressiemiddel, zij het hier in individueel verband : *"Een typische situatie is die waarbij een ambtenaar een bevordering mist, tegen de bevordering van zijn concurrent een procedure start en daarna - op voorwaarde dat hij zijn procedure stopt - zelf bevorderd wordt. De procedure bij de Raad van State wordt daardoor in bepaalde zaken een belangrijk pressiemiddel. Het hoog aantal ambtenarenzaken in de totale "wordkload" van de Raad van State is daar een rechtstreeks gevolg van."* (<sup>602</sup>).

Het juridisch bewustzijn was toendertijd, bij de afwezigheid van vaststelling van de reglementering, wellicht nog niet zo ontwikkeld dat de ontstentenis van handelen, met name het talmen met het nemen van een reglementair besluit, werd bestreden voor de Raad van State. In het arrest VASTE COMMISSIE VOOR TAALTOEZICHT wordt de impliciete weigering vernietigd om taalkaders vast te stellen (<sup>603</sup>). Via de procedure voorzien in artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de Raad worden gevraagd de niet-uitvoering van een wetsbepaling te vernietigen of te toetsen (<sup>604</sup>).

Wat de redelijke termijn betreft om benoemingsvoorwaarden in te stellen, heeft de Raad van State in de zaak CRIJNS

---

<sup>602</sup> J. VANDE LANOTTE, "De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden, een docudrama", *l.c.*, 569.

<sup>603</sup> R.v.St. nr. 84.739, VASTE COMMISSIE VOOR TAALTOEZICHT, 18 januari 2000.

<sup>604</sup> R.v.St. nr. 25.814, BOITQUIN, 6 november 1985, *T.B.P.* 1987, 108 ; noot van M. LEROY, "Une arme nouvelle contre l'inertie du pouvoir : le recours contre la carence réglementaire", *Adm Publ. (T)*, 1986, 80-99 ; in dit arrest wordt de impliciete weigeringsbeslissing tot het benoemen van de leden van wettelijk voorziene commissies vernietigd. Die techniek kan ook worden gebruikt om overheden die in gebreke blijven om besluiten met algemene draagwijdte vast te stellen, tot handelen aan te zetten (I. OPDEBEEK EN F. REYNTJENS, "Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1986-1987)", *l.c.* 1385-1401 (1399) ; R.v.St. nr. 27.011, HAEGEMAN, 15 oktober 1986 ; R.v.St. nr. 39.991, DE VASTE COMMISSIE VOOR TAALTOEZICHT, 6 juli 1992 ; R.v.St. nr. 69.677, REMACLE ET CONSORTS, 19 november 1997.

geoordeeld dat, indien de overheid na tien jaar nog geen benoemingsvoorwaarden heeft vastgesteld, niemand nog rechtsgeldig kan worden benoemd (<sup>605</sup>). In navolging daarvan wordt in het arrest STEVENS (<sup>606</sup>) geoordeeld dat een verzoeker geen voorrang kan ontlenen aan een hoedanigheid die rechtens niet bestaat ; een rechtsonderhorige kan niet zinvol vrijgesteld worden van iets wanneer het bewijs ervan nergens wettig is vastgesteld. In deze zaak had de overheid na zeven jaar nog geen uitvoering gegeven aan de wettelijke delegatie (<sup>607</sup>). Het is met het begrip rechtsstaat onverenigbaar dat burgers ertoe gebracht worden processen aan te spannen zonder die te kunnen situeren binnen het raam van rechtsregels omdat de overheid ofschoon daartoe verplicht, die rechtsregels niet heeft vastgesteld.

177. In de geest van die latere rechtspraak kan worden gesteld dat de overheid niet langer onredelijk lang mag wachten met het vaststellen van een personeels- of taalkader. In verband met het vaststellen van een personeelskader moet zij bovendien de erin voorkomende betrekkingen begeven, zoniet moet het bestuur het kader wijzigen (<sup>608</sup>). Met de stelling dat vacatures dienen te worden opgevuld, lijkt het arrest COPPENS niet in te stemmen en een onderscheid te maken tussen bepaalde betrekkingen waar het overweegt : " (...)dat verzoekster in casu niet aantoonst - en zelfs niet beweert - dat de betrekking van departementshoofd behoort tot de betrekkingen die niet gedurende onbepaalde tijd vacant mogen blijven." (<sup>609</sup>). Bij een

---

<sup>605</sup> R.v.St. nr. 31.643, CRIJNS, 20 december 1988, 2.2.1., vijfde overw. Dan kan alleen de regel "*in pari causa melior est causa possidentis*" worden toegepast (R.v.St. nr. 62.953, PACHEN, 6 november 1996).

<sup>606</sup> R.v.St. nr. 36.982, STEVENS, 7 mei 1991.

<sup>607</sup> Idem, overw. 3.1.: "Beroepen als dat van verzoeker zijn in hun zinloosheid maar denkbaar omdat de overheid er in het jaar waarin de zaak zich afspeelt, en zeven jaar na de "basiswet", nog niet toe gekomen is een wettelijke regeling inzake bekwaamheidsbewijzen tot stand te brengen".

<sup>608</sup> DE BRABANDERE, J., "De benoeming en bevordering van het gemeentepersoneel", T.B.P., 1989, 155. Zie "talmen met het nemen van het benoemingsbesluit", randnr. 198.

<sup>609</sup> R.v.St. nr. 77.086, COPPENS, 23 november 1998.

vacature van wettelijk ingestelde ambten heeft de benoemende overheid de principiële verplichting daarin bij wege van benoeming te voorzien. De schending ervan is zelfs van openbare orde (<sup>610</sup>).

178. Met de afschaffing van een instelling gedurende zestien jaar lang talmen terwijl het betrokken personeel gedurende die heel lange tijdspanne de negatieve gevolgen daarvan moet ondergaan, is onrechtmatig. Personeelsleden moeten de carrière waar ze voor zijn voorbestemd, kunnen vervolmaken ; het toevertrouwen van administratieve functies aan leden van het wetenschappelijk personeel is niet in overeenstemming met hun statuut (<sup>611</sup>).

Het in gebreke blijven van de overheid om maatregelen van reglementaire aard uit te vaardigen ter uitvoering van een wettelijke of reglementaire bepaling, kan door de Raad van State vernietigd worden. De overheid is ertoe verplicht te vermijden dat rechtmatige verwachtingen die personeelsleden putten uit de op hen van toepassing zijnde statutaire regeling, worden gefrustreerd. Dat is het geval wanneer er geen enkel uitzicht is op bevordering, noch enige mogelijkheid van overplaatsing.

## 2. TALMEN MET HET NIET NAKOMEN VAN DE VERPLICHTING TOT HET NEMEN VAN EEN REGLEMENTAIR BESLUIT TEN AANZIEN VAN EEN BEPAALDE KANDIDAAT

179. De Raad van State oordeelt in het arrest WIELANDTS dat een kandidaat die krachtens de reglementering niet over het vereiste bekwaamheidsbewijs beschikt - bijvoorbeeld doordat de wettelijke herwaardering van zijn diploma niet van rechtswege

---

<sup>610</sup> J. LUST en A. VANDENDRIESSCHE, "Burgemeester, De benoeming", in *Recht in de gemeente*, Brugge, Die Keure, losbl. nr. 15 ; J. DE BRABANDERE, "De benoeming en bevordering van het gemeentepersoneel", *T.B.P.*, 1989, 155 ; D. MAREEN, "Verplichting te benoemen" in *Statuut van de plaatselijke besturen*, Ced Samson, 1990 ; R.v.St. nr. 20.351, DEL MARMOL, 22 mei 1980 ; R.v.St. nr. 77.086, COPPENS, 23 november 1998.

<sup>611</sup> R.v.St. nr. 41.504, BRAUERS, 28 december 1992.

kan geschieden, maar nog een uitvoeringsbesluit behoeft - kan niet worden afgewezen. De overheid is er toe gerechtigd de benoeming uit te stellen tot de nieuwe regeling betreffende de te herwaarderen betrekkingen van kracht zal zijn <sup>(612)</sup>. Indien het bestuur in die omstandigheden een kandidaat weert, heeft zij op grond van een onwettig motief geen rekening gehouden met zijn kandidatuur. Zoals in de zaak DE BOE <sup>(613)</sup> - geval waarbij de overheid een bepaalde functie moest oprichten omdat die betrekking in de nieuwe dienst nog niet bestond maar de ambtenaar toch reeds naar die dienst was overgeheveld - moest de overheid in de zaak WIELANDTS haar verordenende regeling aanpassen. De overheid moet wachten met benoemen tot zij uitvoering heeft gegeven aan een wettelijke regeling die ambtenaren toelaat een verder carrièreverloop te kennen. De Raad is van oordeel dat, indien de overheid niet meer bij machte is tijdig de nieuwe regelgeving uit te voeren, zij bij een benoemingsprocedure reeds het wettelijk aanvaardbaar diploma van een kandidaat in aanmerking moet nemen.

### 3. TALMEN MET HET BEKENDMAKEN VAN BENOEMINGSVOORWAARDEN

180. Naast het onredelijk lang talmen met het totstandbrengen ervan, mag de overheid evenmin onredelijk lang wachten met het bekendmaken van benoemingsvoorwaarden die reeds werden vastgesteld. Zij mag die bekendmaking niet bewust uitstellen om eenzijdig een overgangsregeling in te stellen. Het motief van het uitstel wordt door de rechter getoetst <sup>(614)</sup>, ook indien het om een wet gaat, zie bijvoorbeeld het arrest JACOBS <sup>(615)</sup> waarin wordt geoordeeld dat het *"de Raad van State toekomt de motieven van deze verschuiving te toetsen aan de regels van behoorlijk bestuur ; dat er anders over oordelen"*

---

<sup>612</sup> R.v.St. nr. 30.133, WIELANDTS, 24 mei 1988.

<sup>613</sup> R.v.St. nr. 39.598, DE BOE, 9 juni 1992.

<sup>614</sup> R.v.St. nr. 71.761, BEERTEN, 12 februari 1998, noot F. JUDO, "Rechter kan nalatige overheid niet onbeperkt afstraffen", *Juristenkrant* 2002, afl. 56, 5.

<sup>615</sup> R.v.St. nr. 74.846, JACOBS, 30 juni 1998.

*erop zou neerkomen dat de regering zonder enige beperking in de tijd de bekendmaking van een wet zou kunnen uitstellen" en "dat het de Raad van State toekomt te oordelen of voor het uitstel van de bekendmaking van de wet een redelijke verantwoording voorhanden is dan wel of dat uitstel verenigbaar is met de regels van behoorlijk bestuur" (<sup>616</sup>).*

#### 4. TALMEN DOOR DE BEVOEGDE OVERHEID

181. Het bepalen van benoemingsvoorwaarden door een onbevoegde overheid, in afwachting dat de bevoegde overheid die voorwaarden vaststelt, kan zelfs niet gedurende een beperkte, in redelijkheid af te wegen tijd, mogelijk worden geacht. Wanneer a fortiori de modaliteiten van benoeming gedurende vele jaren niet worden vastgelegd, kan niemand wettig worden benoemd (<sup>617</sup>). De Raad van State voert een dergelijk middel ambtshalve aan en besteedt aan de middelen die schending van statutaire regelen aanklagen geen aandacht meer. Dat de overheid al dan niet te goeder trouw is, verandert niets aan de onwettigheid van de in die omstandigheid verrichte benoemingen.

#### § 3 : Tijdelijke benoemingsvoorwaarden in afwachting van geldige definitieve voorwaarden

182. In het geval waarbij door de overheid nog geen administratief statuut is vastgesteld, mag de bevoegde overheid met het oog op de goede werking van de dienst voorwaarden bepalen waaraan kandidaten voor een vacante betrekking moeten voldoen (<sup>618</sup>). Bij elke vacature mogen also de

---

<sup>616</sup> Zie ook R.v.St. nr. 76.007, BEERTEN, 30 september 1998. Uiteraard geldt deze redenering indien in de bekend te maken wettelijke of verordenende bepalingen benoemingsvoorwaarden zijn vervat.

<sup>617</sup> R.v.St. nr. 42.621, CHANDLER, 20 april 1993.

<sup>618</sup> In verband met de verplichting van de overheid om, zelfs bij ontstentenis van personeelsstatuut, de regels in acht te nemen die ze zichzelf heeft opgelegd, zie R.v.St. nr. 17.530, TOURLAMAIN, 23 maart 1976.

benoemingsvoorwaarden worden vastgesteld (<sup>619</sup>). Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat bij ontstentenis van een statuut om het even wie tot om het even welke functie zou kunnen worden benoemd (<sup>620</sup>). In het arrest PEETERS wordt beklemtoond dat het slechts het tot benoemen bevoegde overheidsorgaan is, dat in afwachting van geldige statutaire bepalingen ertoe bevoegd is om deelnemingsvoorwaarden aan een examen vast te stellen (<sup>621</sup>).

Het komt uitsluitend aan de bestuursoverheid toe om, binnen de grenzen van de redelijkheid, over de gepastheid van benoemingsvoorwaarden te oordelen ; de Raad van State vernietigt alleen kennelijk onredelijke voorwaarden.

183. Het motief om tijdelijk benoemingsvoorwaarden in het leven te roepen, moet enerzijds zijn de kandidaten niet in een normaal carrièreverloop te hinderen : de gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen vereist dat die toegang niet geblokkeerd is of dan toch niet onredelijk lang afgesloten mag zijn. Het tijdelijk vaststellen van voorwaarden is anderzijds evenzeer noodzakelijk voor de overheid zelf om het personeelsbeleid te objectiveren. In de mate dat de aanwezigheid van beide motieven kan worden aangetoond - meerdere kandidaten en nood aan gelijke behandeling met de vereiste van de bestendigheid van de openbare dienst - kan een tijdelijke vaststelling van benoemingsvoorwaarden gewettigd voorkomen. Maar omdat personeelsbewegingen in de regel op grond van wettige statutaire bepalingen moeten geschieden, moet de overheid dit statuut binnen een redelijke termijn vaststellen (<sup>622</sup>).

---

<sup>619</sup> R.v.St. nr. 37.203, RAES, 12 juni 1991.

<sup>620</sup> Ook zonder statuut gelden de fundamentele waarborgen die inherent zijn aan een publiekrechtelijk statuut, met name de algemene beginselen die aan de rechtstoestand van het personeel in de openbare diensten ten grondslag liggen ; zie bijvoorbeeld SAROT, J., *Précis de fonction publique*, 1994, 65 nr. 86 en de aldaar vermelde rechtspraak.

<sup>621</sup> R.v.St. nr. 78.747, PEETERS, 16 februari 1999.

<sup>622</sup> R.v.St. nr. 78.747, PEETERS, 16 februari 1999.

#### § 4 : Het opschorten van de benoemingsprocedure

184. Al evenzeer vraagt het opschorten van de benoemingsprocedure een wettig motief (<sup>623</sup>) zoals dat kan zijn het op komst zijn van een nieuw personeelskader. Het ingeroepen motief mag niet alleen schijnbaar rechtmatig zijn. In de zaak VAN VAERENBERGH (<sup>624</sup>) vecht een verzoeker de weigering aan hem te muteren - mutatie waarop hij rechtmatige aanspraken had behoudens ongunstige beoordeling van zijn prestaties - vanaf een redelijke termijn na de bekendmaking van de vacante betrekking. Hij vroeg de Raad van State te laten vaststellen dat de overheid veel te lang had getalmd om hem na de vacature te laten muteren. Tevens vocht hij de beslissing aan om *"de procedure te stoppen en de betrekking opnieuw vacant te verklaren als het nieuw kader in werking treedt"*.

De gegevens van de zaak deden zich als volgt voor. Op 1 augustus 1992 stellen zowel verzoekers collega als hijzelf zich kandidaat om een vacante betrekking bij wege van mutatie in te nemen. De mutatieaanvragen worden zeven maanden later, met name op 3 maart 1993 voorgelegd aan het beheerscomité maar zij worden op zeven opeenvolgende vergaderingen na die eerste bespreking tot een volgende vergadering uitgesteld, omdat er een probleem zou zijn inzake vaststelling van de anciënniteit van verzoeker. Die maant de overheid aan de mutatie toe te kennen met toepassing van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Een paar weken na deze aanmaning besluit de overheid de benoeming bij wege van mutatie te koppelen aan de inwerkingtreding van het nieuwe personeelskader ; de overheid verandert dus van motief. Eerst had zij moeite met de berekening van de anciënniteit, thans moet er worden gewacht op de nieuwe personeelsformatie. En naar dat laatste motief wordt door het bestuur verwezen ondanks het feit dat zij eenzelfde mutatieprocedure rond de vacature van

---

<sup>623</sup> R.v.St. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991.

<sup>624</sup> R.v.St. nr. 47.664, VAN VAERENBERGH, 30 mei 1994 (schorsingsarrest) en R.v.St. nr. 49.700, VAN VAERENBERGH, 17 oktober 1994 (verwerping). Doordat verzoeker heeft afgezien van verder procederen en afstand deed, zijn de gegevens van de zaak in de procedurestukken te vinden.



eenzelfde betrekking ergens anders in Vlaanderen wel voortgang deed vinden. Er viel derhalve objectief sterk te twijfelen aan de waarachtigheid van dit nieuwe motief.

Maar de overheid is zoals gezien in beginsel niet verplicht te benoemen of te muteren, en kan dus in elk stadium van de procedure ervan afzien een benoeming of mutatie te doen voor zover althans zij een in recht en redelijkheid aanvaardbare reden heeft om op haar beslissing om de procedure te starten terug te komen en indien die reden blijkt uit het dossier <sup>(625)</sup>.

Uit de feiten in deze zaak bleek dat er inderdaad een nieuw kader op komst was. Aangezien daaruit voortvloeide dat de betrekkingen, zoals die door verzoeker geambieerd, bedoeld waren om te verdwijnen, vermocht de overheid, aldus de Raad van State, te oordelen dat het aangewezen was de vacatures niet meer te bezetten en de procedure stop te zetten.

Er valt te begrijpen dat de Raad van State oordeelt op grond van het aangevoerde verweer en uiteraard daar niet kan bij betrekken wat niet wordt aangegeven in het administratief dossier. Toch gaf het te denken dat het verlenen van mutaties in deze zaak wél mogelijk was voor bepaalde andere personeelsleden en niet voor verzoeker, terwijl ze werden verleend in dezelfde juridische context - met name het op komst zijn van een nieuwe personeelsformatie. Ook werd de reden van de in zicht zijnde vaststelling van het kader, ten opzichte van de verzoeker door het bestuur slechts opgegeven nadat eerst herhaaldelijk, op zoals aangehaald, niet minder dan zeven opeenvolgende vergaderingen, een andere reden was aangevoerd geworden.

In de zaak SPRUYT wordt voor het opschorten van de ingezette benoemingsprocedure geen motief aanwezig geacht en wordt aangenomen dat de aan één van de kandidaten toevertrouwde opdracht "tot een benoeming is gebeurd" enkel werd gegeven om hem in staat te stellen de ervaring op te doen en de taalkennis

---

<sup>625</sup> R.v.St. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991 ; R.v.St. nr. 37.245, VAN HAEGENDOREN, 20 juni 1991.

te verwerven die zijn benoeming mogelijk moeten maken zodat dergelijke handelwijze, die neerkomt op het bevoordelen van één kandidaat ten opzichte van anderen, een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt <sup>(626)</sup>. De Raad vernietigt de toewijzing van de opdracht in het vacante ambt alsook de daarin vervatte impliciete weigering om voor dat ambt vooralsnog een benoemingsvoordracht te doen.

## § 5 : De benoemingsprocedure moet binnen een redelijke termijn haar beslag krijgen

185. De benoemingsprocedure moet binnen een redelijke termijn verlopen. Het vrij lang uitstellen van benoemingen kan immers tot gevolg hebben dat gegadigden worden uitgesloten. Dit geldt vooral indien de overheid gemakkelijk kan voorzien op welk ogenblik personeelsleden aan de anciënniteitsvereiste zullen voldoen, terwijl op dat ogenblik wegens de vertraging in de op gang zijnde procedure, nog geen benoeming is gedaan. Die handelwijze van de overheid wordt, zoals eerder aangetoond, aangetroffen in het onderzoek naar de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid : er kon daadwerkelijk worden vastgesteld dat werd gewacht met benoemen tot ook een andere kandidaat, die dan meestal de voorkeur van de overheid wegdroeg, aan de benoemingsvoorwaarden zou voldoen.

De weigering om te benoemen kan worden vernietigd <sup>(627)</sup> als door de overheid te lang wordt gewacht <sup>(628)</sup>. Dit idee is reeds lang in de rechtspraak aanwezig. Met betrekking tot de uitoefening van discretionaire bevoegdheid, moet de overheid binnen de grenzen van de redelijkheid blijven wat betekent dat

---

<sup>626</sup> R.v.st. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991.

<sup>627</sup> Of geschorst. Een voorbeeld uit de schorsingsrechtspraak maar dan terzake beoordelingen : wanneer de beroepsprocedure tegen een beoordeling jaren heeft aangesleept, kan de betrokkene het als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschouwen mocht de zaak nog langer aanslepen (R.v.St. nr. 78.464, 1 februari 1999, *T.Gem.* 2000, 157, noot A. COOLSAET.)

<sup>628</sup> R.v.St. nr. 25.355, LEMAITRE, 23 mei 1985.

de Raad van State als legaliteitsrechter bevoegd is te oordelen wat voor het nemen van een bepaalde soort beslissing in bepaalde omstandigheden nog - of niet meer - als de uiterste redelijke termijn kan worden beschouwd (<sup>629</sup>). Hoe lang komt voor als een kwestie van appreciatie in redelijkheid (<sup>630</sup>). Vijf maanden wachten met het treffen van het benoemingsbesluit nadat de mogelijkheid tot benoemen werkelijk voorhanden is, is een te lange vertraging indien daarvoor geen toetsbaar motief bestaat. Zo wordt in het arrest LOSTERMANS (<sup>631</sup>) geoordeeld dat de termijn van vier maanden van artikel 14, § 3, van de R.v.St.-wet ook als de abstracte redelijke termijn kan worden beschouwd maar, zoals I. OPDEBEEK stelt, is in de rechtspraak ter zake niet echt een criterium te vinden (<sup>632</sup>). In het arrest STAD BRUSSEL oordeelt de rechter dat "als redelijke termijn moet worden beschouwd, de tijd die geacht kan worden normaal nodig te zijn om een (...)zaak, de eigen gegevens ervan in aanmerking nemende, zijn beslag te geven" (<sup>633</sup>).

---

<sup>629</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, overw. 8.3.3.8., R.W., 1982-83, 1633. In het arrest nr. 18.047, HEYTENIS van 18 februari 1977 wordt geoordeeld : "dat de procedure die in het statuut (...) is voorgeschreven om de Minister voor te lichten over de geschiktheid van een stagiair en dus om uitsluitel te geven over de vraag of deze vast benoemd dient te worden of niet, de naleving van termijnen oplegt, onder meer de termijn bij het verstrijken waarvan het inrichtingshoofd zijn oordeel moet doen kennen over de wijze van dienen van de stagiair en advies moet geven over de drie mogelijkheden die het statuut in uitzicht stelt : de stagiair vast te benoemen, hem af te danken of zijn stage te verlengen ; dat die termijnen voor het bestuur niet anders dan termijnen van orde kunnen zijn, met dien verstande evenwel dat de stagiair, die ook belang heeft bij de naleving van de gestelde termijnen, geacht moet worden bevoegd te zijn om, door zijn inrichtingshoofd te verzoeken over hem verslag uit te brengen, voor de overheid de verplichting te doen ontstaan de voorgeschreven procedure in te zetten en af te wikkelen binnen een redelijke termijn met toepassing evenwel van de op het ogenblik van vorenbedoeld verzoek geldende voorschriften (...)".

<sup>630</sup> OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, o.c., 164, nr. 295.

<sup>631</sup> R.v.St. nr. 22.899, LOSTERMANS, 1 februari 1983.

<sup>632</sup> OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, o.c., nr. 295, 146.

<sup>633</sup> R.v.St. nr. 20.492, STAD BRUSSEL, 1 juli 1980. Het betreft een tuchtzaak doch de formulering kan algemene toepassing vinden. De Raad van State oordeelt dat die tijdsbeperking tot gevolg heeft, niet dat de bevoegdheid tot handelen van de overheid vervalt, maar wel dat aan de betrokkene (...) niet kan worden opgelegd de (...) gevolgen van het talmen te dragen temeer daar het, de beperkte redelijke beslissingstermijn overschrijdend, voorkomt als het foutief want onzorgvuldig gebruik maken van een wettige bevoegdheid.

De Raad van State overweegt in dit verband in het arrest JASSOGNE o.m. het volgende :

*"dat de door de tegenpartij aangehaalde omstandigheden niets te maken hebben met het belang van de dienst en helemaal geen reden zijn voor de vertraging van meer dan twee jaar en van meer dan anderhalf jaar in de betwiste bevorderingsprocedures ; dat de directieraad immers in november 1980 zijn voorstellen heeft gedaan voor de vacante betrekkingen die in mei 1980 waren bekendgemaakt, dat wil zeggen binnen een termijn van zes maanden ; dat hij voor de in februari 1981 bekendgemaakte vacante betrekkingen voorstellen heeft gedaan in juni 1981, dat wil zeggen binnen een termijn van vier maanden ; dat, echter, terwijl twee betrekkingen konden worden verleend in april 1981, dat wil zeggen minder dan een jaar na de eerste vacantverklaring van betrekkingen, de andere met een aanzienlijke vertraging zijn toegewezen ; dat bovendien de regeringscrisis waarnaar de tegenpartij verwijst, is begonnen op een ogenblik dat de directieraad sinds bijna een jaar zijn eerste voorstellen had gedaan en nadat hij zijn tweede voorstellen had gedaan ; dat de bestreden benoemingen trouwens meer dan zes maanden na de vorming van de nieuwe regering in december 1981, zijn gedaan ; dat daaruit volgt dat aangezien de termijn voor het indienen van de sollicitaties een bindende termijn is, het bestuur zonder enige reden die aan de eisen van de dienst is ontleend, de bevorderingsprocedure niet onredelijk mocht rekken en zo verzoekster uitsluiten die op het ogenblik van de benoemingen de vereiste anciënniteitsvoorwaarde vervulde (...) "* <sup>(634)</sup>.

Dralen met benoemen tot een bepaalde kandidaat aan de benoemingsvoorwaarden voldoet is uiteraard onwettig en meteen is ook het terugwerkende kracht verlenen aan een benoeming juridisch niet aanvaardbaar als blijkt dat die terugwerkende kracht toevallig teruggaat tot de datum waarop de benoemde de statutaire voorwaarden vervult om benoemd te kunnen worden <sup>(635)</sup>.

## § 6 : Het stopzetten van de benoemingsprocedure

---

<sup>634</sup> R.v.St. nr. 25.322, JASSOGNE, 13 mei 1985.

<sup>635</sup> R.v.St. nr. 25.552, GODFROID, 4 juli 1985.

186. De beslissing tot het stopzetten van de benoemingsprocedure waarbij eventueel de betrekking opnieuw vacant wordt verklaard, kan uiteraard voor de Raad van State worden bestreden. Waakzaamheid is geboden door de kandidaten opdat zij de beslissingen om niet te benoemen en een nieuwe benoemingsprocedure aan te vatten bij gebrek aan een binnen de beroepstermijn ingesteld vernietigingsberoep, niet definitief laten worden (<sup>636</sup>).

In het arrest STIENLET (<sup>637</sup>) voert verzoeker de schending aan van de overheidsverplichting, een begonnen benoemingsprocedure af te wikkelen, tenzij zij een rechtmatig motief zou hebben om dat niet te doen. De Raad van State oordeelt dat niet zonder meer gesteld kan worden dat het motief dat werd aangevoerd voor het overdoen van de oproep tot de kandidaten elke geloofwaardigheid mist, nu de overheid op de kandidaat van haar voorkeur, die na zijn parlementair mandaat niet onmiddellijk de betrekking in geding kon opnemen, wilde wachten. Dat werd aanvaardbaar geacht omdat het om de benoeming in een vertrouwensfunctie ging.

Ook in de zaak SOMERS (<sup>638</sup>) wordt het ten aanzien van de enige kandidaat rechtmatig geacht de bevorderingsprocedure stop te zetten en voorrang te geven aan een overplaatsing op vraag omdat uit geen statutaire regeling bleek dat de mutatieaanvraag slechts mocht worden ingewilligd indien de betrekking niet door bevordering kon worden begeven. De administratieve rechter oordeelt in dat arrest nog dat een kandidaat voor benoeming zich niet kan beroepen op rechtmatige verwachtingen indien tussen het indienen van de kandidatuur en het bericht dat de bevorderingsprocedure wordt stopgezet slechts een geringe tijd ligt (<sup>639</sup>).

---

<sup>636</sup> Vergelijk R.v.St. nr. 25.253, DUFRANNE, 19 april 1985.

<sup>637</sup> R.v.St. nr. 41.477, STIENLET, 22 december 1992.

<sup>638</sup> R.v.St. nr. 63.612, SOMERS, 17 december 1996.

<sup>639</sup> Anderhalve maand in de zaak SOMERS. Bovendien was de betrekking op dat ogenblik juridisch nog niet vacant.

Dat oordeel wordt niet aangehouden in de zaak BRAECKMAN<sup>640</sup>) waarbij de verzoeker de beslissingen aanvecht om niet over te gaan tot zijn bevordering en om een nieuwe bevorderings- en mutatieprocedure voor de vacante betrekking op te starten op basis van een aangepaste functiebeschrijving. De Raad van State overweegt dat de benoemende overheid hetzij een door de directieraad voorgedragen kandidaat kan benoemen, hetzij kan beslissen om geen van de voorgedragen kandidaten te benoemen, zodat de procedure zonder benoeming beëindigd wordt. De omstandigheid dat de benoemende overheid niet verplicht is om tot benoeming over te gaan, verhindert evenwel niet dat de beslissing om niet te benoemen, die voor de betrokkene onmiddellijk grievend is, het voorwerp kan zijn van een annulatieberoep. Verzoeker die in eerste instantie als enige kandidaat was voorgedragen, doet blijken van het rehtens vereiste belang bij de vernietiging van de beslissing waarbij hij niet benoemd werd. De motieven van de bestreden beslissingen worden niet deugdelijk geacht en de Raad van State vernietigt in 2002 o.m. het besluit waarbij beslist wordt niet over te gaan tot de bevordering van verzoeker op basis van de bevorderings- en mutatieprocedure gestart op 13 december 1995 en waarbij een nieuwe bevorderings- en mutatieprocedure wordt gestart<sup>641</sup>).

Het gezag van gewijsde van een annulatiearrest wordt niet geacht geschonden te zijn indien de overheid na een eerder annulatiearrest een nieuwe oproep tot de kandidaten heeft

---

<sup>640</sup> R.v.st. nr. 102.971, BRAECKMAN, 28 januari 2002.

<sup>641</sup> Op een ander terrein dan inzake benoemingen, wordt in het arrest nr. 78.303, 1. S.R.L. VANDERHAEGHE 2. S.A.R.L. SCOP "PLI ARCHITECTURE" van 22 januari 1999 (T. Aann. 1999, 337-348, verslag van Eerste Auditeur DEROUAUX) geoordeeld dat het organiseren van een procedure van aanbesteding, van offerteaanvraag of van onderhandeling weliswaar geen verplichting meebrengt om de opdracht toe te wijzen, maar dat een beslissing af te zien van gunning van de opdracht niet als oogmerk zou kunnen hebben de ene of de andere inschrijver te bevoordelen, wat uit het dossier zou kunnen verondersteld worden.

gericht en zij tijdelijk of definitief beslist de bevorderingsprocedure niet verder te zetten (<sup>642</sup>).

187. Soms is het niet de benoemende overheid zelf die beslist om een benoemingsprocedure te onderbreken of te beëindigen maar is het een met het oog op benoeming adviserend orgaan dat de overheid de keuze voorlegt om de vacature stop te zetten. In het arrest BASTIN (<sup>643</sup>) oordeelt de Raad van State in dat verband merkwaardigerwijze dat het voorstel door het adviserend orgaan - in casu de directieraad - opgemaakt om de beslissing te annuleren om een betrekking vacant te verklaren, niet gemotiveerd moet zijn (<sup>644</sup>).

## § 7 : Volgorde waarin de kandidaten worden benoemd

188. Aan de omstandigheid dat bij discretionaire bevoegdheid, wanneer verscheidene betrekkingen vacant zijn, bepaalde kandidaten eerder worden benoemd dan anderen, tilt de administratieve rechter niet te zwaar. Hij overweegt dat geen bepaling de overheid de verplichting oplegt om bevorderingen toe te kennen in de volgorde waarin de te begeven betrekkingen vacant werden verklaard. Aan het feit dat bevorderingen werden verleend op een ogenblik dat nog niet voorzien was in twee

---

<sup>642</sup> R.v.st. nr. 77.086, SOMERS, 23 november 1998. Het is, zoals eerder aangehaald, enkel anders indien het een ambt betreft dat moet worden voorzien van een titularis.

<sup>643</sup> R.v.St. nr. 34.787, BASTIN, 20 april 1990.

<sup>644</sup> De verzoeker heeft na inzage van het administratief dossier een nieuw middel ontwikkeld, namelijk dat de directieraad zijn beslissing niet voldoende had gemotiveerd. Hij kan hiermede niet anders hebben bedoeld dan dat er geen afdoende materiële motivering was. De zaak dateert van voor het bestaan van de uitdrukkelijke motiveringswet en het middel wordt pas in de memorie van wederantwoord aangevoerd. De Raad van State antwoordt op het middel van ontstentenis van materiële motivering dat de verplichting om formeel te motiveren ("l'obligation de motiver sa décision en la forme") aan de directieraad slechts is opgelegd indien dit orgaan benoemingsvoorstellen formuleert. Wij menen dat voor de directieraadsbeslissingen - allemaal, er kan geen onderscheid worden gemaakt tussen benoemingsvoorstellen en beslissingen tot schrapping van een vacature of andere beslissingen - wel een materiële motivering vereist is : hoe kan de beslissende overheid anders oordelen over het advies indien zij niet de beweegredenen van het adviserend orgaan kan toetsen ?

andere betrekkingen, kan geen annulatiegrond worden ontleend (<sup>645</sup>).

## § 8 : Wanneer een examenresultaat werd vastgesteld

189. De noodzaak tot benoemen op grond van een verplichting die de overheid voor zichzelf creëert, kan blijken uit de organisatie van een examen en de vaststelling van het resultaat ervan. Wanneer proeven worden georganiseerd, ontstaat uiteraard de rechtmatige verwachting dat de resultaten ervan worden omgezet in een benoeming op straffe van miskenning van het doel van de statutaire regelen. Juridisch kan onmogelijk een niet-geslaagde of iemand die zelfs niet deel heeft genomen, tijdelijk worden aangesteld tot de uitschrijving van nieuwe examens terwijl geslaagden zonder enige reden worden genegeerd. Ingeval de overheid een examen organiseert, verplicht ze derhalve zichzelf om, voor zover het examen niet ongeldig wordt verklaard, de benoemingen te doen waarvoor het examen werd ingericht (<sup>646</sup>). Dat geldt voor de benoemingen die uitdrukkelijk als de inzet van dat examen worden opgegeven en ook voor de benoemingen tot betrekkingen die later vacant worden, indien voor de inrichting van het examen over het aanleggen van een werfreserve werd beslist (<sup>647</sup>). Er mag geen nieuw examen worden ingericht zolang de geslaagden van het vorig examen niet werden benoemd. Een geslaagde moet immers niet de nadelen, zoals bijvoorbeeld een nieuw examen waardoor het aantal geslaagden vergroot, ondergaan van het verloop van een lange termijn sedert het afleggen van het examen en het tussenkomen van een

---

<sup>645</sup> R.v.St. nr. 16.292, BILLEN, 12 maart 1974.

<sup>646</sup> R.v.St. nr. 12.956, DE BLOCK EN CONSORTEN, 15 mei 1968. Zie ook R.v.St. nr. 17.325, DE CORDT, 9 december 1975. De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij nergens redenen van algemeen belang of die van het belang van de dienst deden blijken, aangegeven had die haar beslissingen om de gegadigden van het eerste examen niet voor benoeming in aanmerking te nemen en om een nieuw examen te organiseren, konden verantwoorden.

<sup>647</sup> R.v.St. nr. 12.958, PLOEGAERTS, 15 mei 1968.



benoeming die te zijnen opzichte volkomen rechtsgeldig zou zijn (<sup>648</sup>).

De verplichting om binnen een bepaalde termijn te benoemen uit de werfreserve, ontstaat niet op het ogenblik dat effectief wordt benoemd maar op het ogenblik dat expliciet of impliciet de betrekking vacant wordt verklaard. De erkenning van de noodzaak om de vacante betrekking van een titularis te voorzien zet de eerste fase van de benoemingsprocedure in (<sup>649</sup>). Het ogenblik waarop een betrekking vacant is en het ogenblik waarop kan worden benoemd, wordt dus geacht vast te staan wanneer naderhand alleen het resultaat van de benoemingsprocedure onwettig wordt bevonden. Wat de benoemingsverplichting op zich betreft, oordeelt het arrest PLOEGAERTS (<sup>650</sup>) dat die bestaat op de datum van het proces-verbaal tot afsluiting van de verrichtingen van de examens.

190. Ook indien geen statuutbepaling voorschrijft dat de personeelsleden die een bevorderingsexamen op een bepaald tijdstip hebben afgelegd, voorrang inzake bevordering hebben ten opzichte van de laureaten die een zelfde examen op een later tijdstip doormaakten, kan de overheid niet als motief aanvoeren dat de kandidaten die voor het eerste examen waren geslaagd geen voldoening schenken met het oog op benoeming. Dit geldt des te meer zo zij, enerzijds, nalaat de titels en verdiensten ervan te onderzoeken en, anderzijds, de geslaagde kandidaten een groot aantal punten in het bekwaamheidsexamen behaalden. In die omstandigheden bestaat onverkort de verplichting om eerst hen te benoemen.

Men kan zich dan ook niet scharen achter rechtspraak die oordeelt dat het verlenen van voorrang voor benoeming aan de eerst geslaagden niet voortvloeit uit de aard van het examen dat als een geschiktheidsproef moet worden aangemerkt en de eerst geslaagden niet noodzakelijkerwijze eerst moeten worden

---

<sup>648</sup> R.v.St. nr. 17.325, DE CORDT, 9 december 1975.

<sup>649</sup> R.v.St. nr. 12.956, DE BLOCK, 15 mei 1968.

<sup>650</sup> R.v.St. nr. 12.958, PLOEGAERTS, 15 mei 1968.

benoemd (<sup>651</sup>). De huidige rechtspraak zou een motief vereisen waarom de geslaagden van het eerste examen niet eerst kunnen worden benoemd indien er voldoende geslaagden zijn.

### § 9 : Geen tijdelijke aanstelling als er kan worden benoemd

191. Evenzeer moet in een vacante betrekking worden voorzien op de voor de betrokkenen meest garantieverschaffende wijze, met vooruitzicht op continuïteit : geen tijdelijke aanstelling als het anders kan. Door iemand, die niet voldoet aan de voorwaarden om te worden benoemd in een bevorderingsambt, tijdelijk aan te stellen terwijl er kandidaten voorhanden zijn die onmiddellijk kunnen worden bevorderd, miskent de overheid het gehele in statutaire vorm gegoten systeem ter beveiliging van de objectieve toegang tot een ambt (<sup>652</sup>).

Wel neemt de rechter aan dat de overheid beweegredenen kan hebben om tijdelijk aan te stellen (<sup>653</sup>).

### § 10 : Het statuut mag geen rechtmatige bevorderingsmogelijkheid uitschakelen

192. Duidelijk onrechtmatig is de omstandigheid dat totaal niet meer kan worden benoemd in een bevorderingsambt op grond van het bestaande statuut. De reglementaire tekst moet de mogelijkheid tot bevordering blijven bevatten, anders miskent die tekst zelf het beginsel van de gelijke toegang tot de

---

<sup>651</sup> R.v.St. nr. 11.344, COX, 29 juni 1965.

<sup>652</sup> R.v.St. nr. 37.310, CARDON, 25 juni 1991.

<sup>653</sup> R.v.St. nr. 44.848, SOENEN, 9 november 1993. In de zaak SOENEN oordeelde de verzoeker dat, nu er kandidaten voor vaste benoeming waren, de overheid had moeten vast benoemen in plaats van tot een onwettige tijdelijke aanstelling over te gaan. De Raad van State stelt dat de overheid redenen kon hebben om in weerwil daarvan zich tot een tijdelijke aanstelling te beperken. Doch dat de overheid zodanige redenen niet naar voren heeft gebracht, wordt gesanctioneerd door de vernietiging van de tijdelijke aanstelling.

overheidsbetrekkingen. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet verzetten er zich niet tegen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën van ambtenaren, op voorwaarde dat voor dit onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat die gelet op het doel en de gevolgen van het onderscheid aan het evenredigheidsbeginsel beantwoordt (<sup>654</sup>). Het gelijkheidsbeginsel kan geschonden zijn indien iemand benoemd wordt tot "inspecteur" zonder bijzondere verwijzing naar de academische titel van ingenieur, waardoor hem de mogelijkheid wordt ontnomen benoemd te worden in functies waarvoor uitdrukkelijk de kwalificatie van burgerlijk ingenieur wordt vereist. Een verdere discriminatie is de betrokkene, als academisch ingenieur, de mogelijkheid ontnemen om in aanmerking te komen voor betrekkingen waarvoor de kwalificatie van burgerlijk of landbouwkundig ingenieur wordt vereist (<sup>655</sup>).

193. Er wordt door de Raad van State ook in de zaak DE BOE (<sup>656</sup>) vastgesteld dat geen deugdelijke verantwoording bestaat om de ingenieurs aan wie een graadverandering werd opgelegd, van bevorderingen in de ingenieursloopbaan uit te sluiten : de desbetreffende bepalingen (<sup>657</sup>) worden door de administratieve rechter geacht in strijd met het gelijkheidsbeginsel te zijn en mochten derhalve, overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet, niet worden toegepast (<sup>658</sup>). In de zaak DE BOE vocht verzoeker de weigering aan om hem te bevorderen op grond van het argument

---

<sup>654</sup> Toegepast op de regelen die de administratieve toestand van het personeel van de openbare diensten beheersen, houdt dit niet in dat die regelingen geen onderlinge afwijkingen mogen vertonen. Is de administratieve toestand van een categorie van het personeel geregeld door een statuut in de formele zin (wet, gemeenteraadsbesluit, verordening als sluitend geheel van regelen), dan moet dit statuut ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel ook als een geheel worden beschouwd (D. MAREEN, "Gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen" in *Statuut plaatselijke en provinciale besturen, Aanwervings-, benoemings- en bevorderingsregeling in het "oude" statuut*, Kluwer rechtswetenschappen, 2000, z.p.).

<sup>655</sup> R.v.St. nr. 37.825, VAN GIJSEL, 8 oktober 1991.

<sup>656</sup> R.v.St. nr. 39.598, DE BOE, 9 juni 1992.

<sup>657</sup> In dat geval het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 mei 1991.

<sup>658</sup> R.v.St. nr. 59.064, VAN DAMME, 15 april 1996.

dat geen deugdelijke motieven ten grondslag konden liggen aan een statuut dat hem blokkeerde in zijn loopbaan (<sup>659</sup>). We halen de feiten aan omdat de gevallen waarnaar onder deze paragraaf wordt gerefereerd zeldzame betwistingen betreft. Verzoeker was inspecteur bij het Nationaal Instituut voor Lichamelijke Opvoeding (NILOS). Het NILOS wordt afgeschaft en de ambtenaren ervan worden met behoud van hun graad en weddeschaal overgeheveld naar het Ministerie van Nationale Opvoeding en Cultuur. De graad van verzoekende partij wordt als afgeschafte graad ingedeeld in rang 11. Een ministerieel besluit wijst verzoekende partij met behoud van zijn graad van ambtswege aan voor het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. Wanneer betrekkingen vacant worden verklaard en verzoekende partij zijn kandidatuur indient, oordeelt de directieraad dat verzoeker niet voldoet aan de voorwaarde inzake graad. De directieraad vestigt wel de bijzondere aandacht van de benoemende overheid op het feit dat het een anomalie betreft ter opheffing waarvan het organiek reglement vooraf zou moeten worden gewijzigd ; die wijziging wordt echter pas na de benoeming doorgevoerd.

De Raad van State stelt vast dat het statutair besluit, door bepaalde ambtenaren geen toegang te verlenen tot een bevordering door verhoging in graad, ten aanzien van die ambtenaren een onderscheid instelt waarvoor geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Alzo wordt beslist dat „door het besluit zelf het gelijkheidsbeginsel werd geschonden” (<sup>660</sup>).

Ook wordt hier verwezen naar het arrest VALCKENAERS (<sup>661</sup>) waarin de verzoeker door het statutaire besluit werd uitgesloten van een van rechtswege benoeming bij wijze van

---

<sup>659</sup> Naast de beslissing houdende bevordering van een bepaalde kandidaat vocht verzoeker de weigering aan, zijn kandidatuur in aanmerking te nemen ingevolge de weigering tot aanpassing van het besluit van de Vlaamse Executieve (...) tot vaststelling van de bijzondere statutaire bepalingen voor het personeel van de Vlaamse Gemeenschap.

<sup>660</sup> Door de verwerende partij werd aangevoerd dat het statutaire besluit waarin verzoekende partij de ongelijkheid zag, definitief was geworden. De overheid wilde alzo verkrijgen dat de gelding van het besluit zelf waarop verzoekende partij zich beriep, onaantastbaar vaststond. De Raad van State oordeelde dat het besluit van reglementaire aard was, zodat de verzoekende partij ook na het verstrijken van de beroepstermijn gerechtigd was de onwettigheid ervan als annulatiemiddel op te werpen tegen de bevordering.

<sup>661</sup> R.v.St. nr. 38.868, VALCKENAERS van 27 februari 1992.

graadverandering waardoor hij van bevorderingen was uitgesloten.

# § 11 : Quid ten aanzien van een nieuw statuut en een nieuwe bevorderingsregeling met minder kansen ?

194. In de zaak BLONDEEL <sup>(662)</sup> lag dezelfde juridische redenering als in de zaak DE BOE ten grondslag aan de vordering. Het statuut was gewijzigd geworden in die zin dat alleen titularissen van een graad behorende tot betrekkingsgroep 1 aan een bepaald bevorderingsexamen mochten deelnemen en verzoeker, die eerst tot betrekkingsgroep 1 behoorde, was gemuteerd naar betrekkingsgroep 4. De betrokkene voerde aan dat de nieuwe statutaire indeling en daaruit voortvloeiend de weigering hem niet langer binnen een andere indeling - zijn indeling van oorsprong - te laten bevorderen, onredelijk was. De weigeringsbeslissing van de overheid betrof met name de beslissing hem niet te laten bevorderen in de "administratieve" categorie van het personeelsstatuut. Voorheen opgenomen in die categorie, was het slechts daar dat hij zijn diploma kon laten valoriseren. Door naar een nog in vele aspecten administratieve, maar qua statutaire indeling "technische" functie te muteren, verloor hij zijn bevorderingsmogelijkheden in de andere categorie. Mocht de betrokkene de statutaire wijziging hebben kunnen voorzien, zou hij niet om mutatie hebben gevraagd. Die "afsluiting" tussen de indelingen werd derhalve door hem bestreden. In het auditoraatsverslag werd geoordeeld dat de weigering om hem in een administratieve functie te bevorderen, niet onwettig was omdat niet kon worden voorgehouden dat de beslissing houdende een nieuwe statutaire indeling niet door deugdelijke motieven was geschraagd. Op het argument van de schending van het redelijkheidsbeginsel werd geantwoord dat er „niet van de stoel gevallen werd" bij de kennisname van de argumentatie van het bestuur om de betrekkingsgroepen niet toegankelijk te maken

---

<sup>662</sup> R.v.St. nr. 42.390, BLONDEEL, 23 maart 1993 (verzoeker deed afstand na het schorsingsgeding).

voor mekaar, gelet op hun specificiteit. Er werd geoordeeld dat de verzoeker nog steeds over bevorderingsmogelijkheden beschikte, zij het dat die gereduceerd waren geworden.

195. Uit een statuut voortvloeiende rechten gelden nooit voor de toekomst (<sup>663</sup>). De Raad van State oordeelde evenwel in het arrest VERVLIET (<sup>664</sup>) dat wanneer in 1991 een functie wordt ingesteld waarin de verzoekster in 1992 wordt benoemd terwijl die functie het jaar daarop wordt afgeschaft en de verzoekster nog eens een jaar later van graad wordt veranderd, zich niet verstaat met het recht op rechtszekerheid als beginsel van behoorlijk bestuur waaruit volgt dat de door de overheid bij de geadministreerde gewekte gerechtvaardigde verwachtingen in de regel moeten worden gehonoreerd.

---

<sup>663</sup> A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, o.c. 87 nr. 68 : "Het behoort tot de beginselen van de openbare dienst dat het statuut, de organisatie en de werking van de openbare dienst door de overheid steeds aan de wisselende eisen van het algemeen belang kunnen aangepast worden". Zie ook D. BATSELE, O. DAURMONT en Ph. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, 1992, 44, nrs. 40-46 ; J. SAROT e.a., *Précis de fonction publique*, 1994, 13 nr. 17. Een ambtenaar heeft geen recht op het behoud van de hem door zijn statuut verleende bevorderingsregeling. Evenwel is de overheid er niet toe bevoegd de rechtseffecten die rechtshandelingen in het verleden hebben gehad ongedaan te maken (R.v.St. nr. 17.092, DE PAEPE, 24 juni 1975). Kan derhalve het ambtenarenstatuut altijd, zelfs in de voor de ambtenaar ongunstige zin, worden gewijzigd wanneer het belang van de dienst daartoe noopt, dan moet de overheid hierbij niettemin zorgvuldig optreden door behoudens ernstige en gewichtige redenen niet onverhoeds in te grijpen in een bestaande situatie (R.v.St. nr. 24.210, BOGAERT, 3 april 1984 ; R.v.St. nr. 24.374, GOOLE, 22 mei 1984. Er bestaat geen recht op het behoud van de benoemingsvoorwaarden voor de toekomst (R.v.St. nrs. 74.111-74.113, MARCHAL, 4 juni 1998). De op het bestuur rustende verplichting om, in het kader van de inwerkingstelling van een nieuw statuut, de rechten die de betrokken ambtenaren op grond van hun vorig statuut genoten te ontzien, betekent niet dat de verworvenheden uit het oude statuut zich eenvoudigweg voegen bij de voordelen die door de nieuwe regeling worden ingesteld, maar wel dat in de nieuwe regeling, de ambtenaar niet slechter af mag zijn dan in zijn vorige situatie (R.v.St. nr. 119.002, LEYDER, 5 mei 2003. In het arrest DUBOIS (R.v.St. nr. 23.844, DUBOIS, 21 december 1983) wordt geoordeeld dat de overheid de organisatie van haar diensten en de bezoldigingsregeling van haar ambtenaren mag wijzigen en dat de omstandigheid dat een (ambtenaar) er door zijn directeur toe werd gebracht zijn kandidatuur voor een bepaalde betrekking in te trekken, zelfs indien dat gebeurde in het belang van de dienst en terwijl op dat ogenblik voor de genoemde functie en die welke hij bekleedt, dezelfde weddeschaal gold, niet tot gevolg kon hebben dat de (overheid) haar recht verloor om de organisatie van haar diensten en de weddeschalen voor de bezoldiging van haar ambtenaren te wijzigen.

<sup>664</sup> R.v.St. nr. 94.090, VERVLIET, 19 maart 2001.

Ook in de zaak DE SCHAMPHELEIRE kwam de Raad van State tot de bevinding dat de beslissing tot wijziging van de verdeling van betrekkingen over de personeelsformatie onwettig was omdat geen enkel aan het belang van de dienst ontleend motief kon worden achterhaald dat kon verantwoorden waarom aan de betrekkingen een andere benaming werd gegeven terwijl aan deze nieuw ingestelde graden identieke functies bleven beantwoorden. Er bestond immers geen onderscheid tussen de taken van de ene of de andere. Door de functie waarin de verzoeker kon worden bevorderd van benaming te veranderen werd de verzoeker onwettig van bevordering uitgesloten <sup>(665)</sup>.

196. Deze gevallen zijn vrij uniek in de rechtspraak. De ongelijkheid ligt niet in de ongelijke toepassing van de tekst maar in de tekst zelf omdat hij, ofwel onvolkomen was, ofwel nog niet tot stand was gebracht. Alleen een aanvulling of een uitvaardiging van de statutaire regel kon de ongelijkheid opheffen. Indien niet dezelfde bevorderingsmogelijkheden bestaan voor eenzelfde categorie van personen en indien de overheid weigert hieraan te verhelpen, impliciet of expliciet, moet daarvoor een deugdelijke reden zijn en kan de administratieve rechter de weigering tot aanpassing onderzoeken.

197. Uit bovenstaande voorbeelden blijkt derhalve dat de weigeringsbeslissing die uit de wet *in de materiële zin zelf* voortvloeit evengoed naar de motieven getoetst wordt <sup>(666)</sup> ; er moet wel de aandacht op worden gevestigd dat de verzoekende partij dit in een geding zelf moet aanvoeren nu het middel van de schending van de materiële motiveringsplicht niet van

---

<sup>665</sup> R.v.St. nr. 46.911, DE SCHAMPHELEIRE, 19 april 1994. Zie ook R.v.St. nr. 49.895, V.Z.W.L. e.a., 14 oktober 1994 waar de verordening niet was uitgevaardigd in het algemeen belang (R.W. 1994-95, 883-885, noot W. LAMBRECHTS "Het vogel-arrest van 10 miljoen frank" ; P. POPELIER, "Behoorlijke rechtsbedeling als beginsel van zorgvuldig overheidsoptreden : overwegingen bij een terechtwijziging", R.W., 1994-95, 876-879.

<sup>666</sup> Over de toetsing van de motieven van de wet aan artikel 6 van het E.V.R.M., zie R.v.St. nr. 34.348, DE RIDDER, 13 maart 1990, noot D. MAREEN, T.B.P. 1990, 684.

openbare orde is (<sup>667</sup>). Toch heeft de Raad van State reeds ambtshalve nagegaan of een reglement niet tegen alle redelijkheid ingaat (<sup>668</sup>). Ook in het arrest LABEAU (<sup>669</sup>) wordt geoordeeld dat

*"de feitelijke wenselijkheid de houder van een bepaald bekwaamheidsbewijs niet tot een bepaald vak toegang te geven ofschoon dit bekwaamheidsbewijs hem reglementair die toegang verschaft, rechtens maar in aanmerking genomen kan worden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat dat vak aan de houder van dat bekwaamheidsbewijs toe te vertrouwen ; dat, immers, de overheid alsdan haar discretionaire bevoegdheid ter zake van het vaststellen van bekwaamheidsbewijzen in strijd met het redelijkheidsbeginsel uitgeoefend zou hebben".*

## § 12 : Talmen met het nemen van het benoemingsbesluit

198. Jaren wachten met benoemen - het wordt nog eens apart aangeraakt - kan niet zonder motief. De administratieve rechter zou thans de reden vragen waarom de overheid niet handelt indien een onredelijk lange termijn is verstreken tussen de vacantverklaring en het te verwachten eindresultaat ervan. We zijn dan ook een eind verwijderd van wat MERTENS de WILMARS nog in 1972 schreef :

*"Een bestuur is niet gehouden door benoeming te voorzien in een vacante betrekking van het organiek kader. Zij kan het doen, maar mag de betrekking ook voor onbepaalde tijd openlaten. Een beroep tegen een dergelijk nalaten zal derhalve, in de regel althans, niet ontvankelijk zijn" (<sup>670</sup>).*

---

<sup>667</sup> Niet in een eerste geding, zie A. WIRTGEN, *Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State uitspraak doende over beroepen tot nietigverklaring van administratieve rechtshandelingen*, o.c. 141-144, nr. 157-160.

<sup>668</sup> R.v.St. nr. 77.951, VAN DEN EYNDE, 5 januari 1999.

<sup>669</sup> R.v.St. nr. 40.849, LABEAU, 27 oktober 1992.

<sup>670</sup> J. MERTENS DE WILMARS, "Het legaliteitstoezicht op de impliciet afwijzende bestuurlijke beslissingen", R.W. 1972, 1521-1535 (1528). Hij vervolgt, (zoals aangehaald onder randnr. 171, vn. 610), dat "een gemeenteraad daarentegen wel verplicht is een gemeentesecretaris te benoemen". Zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 28.219, LIVEMONT, 25 juni 1987 waarin wordt geoordeeld dat de overheid er in beginsel niet toe gehouden is te voorzien in een vacante betrekking.



Is de overheid niet verplicht te benoemen, toch geeft zij haar intentie over de nood aan opvulling van de betrekking te kennen door eerst te benoemen. De omstandigheid dat de overheid dit oordeel heeft geuit, volstaat om aan te nemen dat deze opvatting blijft gelden tenzij door de overheid een deugdelijk motief wordt opgegeven waarom de betrekking niet langer bezet moet worden. Maar dan moet die betrekking ook uit de personeelsformatie worden geschrapt en niet „voor onbepaalde tijd worden opengelaten“. Terzake oordeelde de Raad van State dat

*“wanneer de overheid een personeelsformatie instelt, (...) zij moet geacht worden overtuigd te zijn van de met het belang van de dienst verband houdende noodzaak de op die personeelsformatie voorkomende betrekkingen te begeben. (...) Er kunnen (...) redenen voorhanden zijn om bepaalde vacante betrekkingen niet, of niet onmiddellijk te begeben, doch die redenen moeten dan veeleer als uitzonderingen op de algemene regel worden beschouwd, zodat het dan ook die redenen zijn die concreet moeten kunnen worden verantwoord door de overheid die de mening is toegedaan dat een betrekking alsnog niet vacant mag worden verklaard”* (<sup>671</sup>).

Een uitzondering op die algemene regel kan ook zijn, een aantredende bestuursmeerderheid niet voor voldongen feiten te plaatsen door het verrichten van "in extremis" benoemingen. Terzake oordeelt het arrest STAD HARELBEKE dat, zo het instellen van een betrekking op de personeelsformatie betekent dat die betrekking beantwoordt aan de noodwendigheden van het bestuur en dat in die betrekking in beginsel dan ook iemand moet worden benoemd, er ook concrete, eveneens door het dienstbelang ingegeven redenen kunnen voorhanden zijn om die betrekking (...) voorlopig niet te begeben, zijnde het verstrijken van het mandaat van de overheid (<sup>672</sup>).

Indien het wachten vooraleer tot benoeming over te gaan is geschraagd door de vrees voor het resultaat van een rechtsgeding, is dat uiteraard een onwettig motief : de

---

<sup>671</sup> R.v.St. nr. 30.370, STAD AALST, 21 juni 1988.

<sup>672</sup> R.v.St. nr. 47.476, DE STAD HARELBEKE, 17 mei 1994.

overheid moet beslissen zoals zij meent dat het recht haar toelaat te beslissen en niet wachten met beslissen tot de rechter haar zegt hoe te beslissen (<sup>673</sup>). Een onwettigheid bestaat immers voordat de rechter het bestaan ervan vaststelt, a fortiori voordat de desbetreffende gerechtelijke uitspraak bekend is (<sup>674</sup>).

Een weigering om een benoeming te hernieuwen moet op uitdrukkelijke wijze worden beslist gelet op het beginsel van de vastheid van betrekking. Die weigering kan niet louter voortvloeien uit de omstandigheid dat de termijn waarvoor de tijdelijke benoeming verleend werd, verstreken is. Wat het motief betreft van de weigering te herbenoemen, kan de weigering niet worden verantwoord door het bestaan van buitengewone en dringende omstandigheden (<sup>675</sup>).

## ***AFDELING 2 : Hoe verhinderen dat de benoemingsprocedure totaal wordt herbegonnen***

199. Was de Raad van State in vroegere rechtspraak in de regel veel toleranter ten aanzien van een overheid die de procedure herbegon, dan hebben bepaalde uitspraken toch van in den beginne reeds waarborgen ingebouwd (<sup>676</sup>). De Raad oordeelde in die rechtspraak immers dat de benoemende overheid ertoe verplicht is omtrent de geschiktheid van de kandidaten eerst een onderzoek in te stellen vooraleer aan de kandidaturen geen verder gevolg te geven.

Die precisering was welkom omdat de Raad van State toendertijd de opvatting huldigde dat geen wettelijke bepaling de overheid belette tot een nieuwe oproep over te gaan om aldus

---

<sup>673</sup> R.v.St. nr. 69.203, VERLODT, 28 oktober 1997.

<sup>674</sup> R.v.St. nr. 42.621, CHANDLER, 20 april 1993 ; R.v.St. nr. 43.242, DONNERS, 8 juni 1993.

<sup>675</sup> R.v.St. nr. 25.556, DUFOUR, 4 juli 1985.

<sup>676</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 1.028, BOON, 31 juli 1951.

nieuwe kandidaturen uit te lokken wanneer de kandidaten over wie advies werd uitgebracht, haar geen voldoening schonken ; dat een voorstel voor benoeming voor de benoemende overheid geen verplichting deed ontstaan om daadwerkelijk tot benoeming over te gaan omdat het de overheid vrij stond de benoemingsprocedure te herbeginnen (<sup>677</sup>). Dat het bestuur daarvoor geen redenen opgaf werd toen door de rechter niet onregelmatig bevonden.

Dit oordeel wordt ook nog enige jaren geleden aangehouden waar gesteld wordt dat, ingeval de kandidaturen reeds waren onderzocht en een bepaalde kandidaat als enige was voorgedragen, de benoemende overheid niet verplicht was hem te benoemen (<sup>678</sup>). De verzoeker was in deze zaak de enige kandidaat die aan de benoemingsvoorwaarden voldeed op het ogenblik van het onderzoek door het adviserend orgaan en de overheid heeft naderhand geen eigen onderzoek gedaan.

200. In het voormeld arrest SPRUYT (<sup>679</sup>) daarentegen heeft de Raad van State de impliciete weigeringsbeslissing vernietigd om een benoemingsvoordracht te doen. Uit de beslissing tot het lanceren van een oproep bleek dat de overheid het noodzakelijk achtte een ambt in competitie te stellen met het oog op vaste benoeming. Indien de overheid over alle nuttige gegevens beschikt om te benoemen, kan zij niet voorlopig afzien van een in beginsel noodzakelijk geachte benoeming.

201. In het raam van de voordracht van een kandidaat werd vrij recent dan weer geoordeeld dat het enkele feit dat het adviserend orgaan verzoeker als eerste kandidaat voordroeg, de overheid niet verplichtte hem aan te stellen (<sup>680</sup>) ; verschil is wel dat de Raad van State duidelijk om motieven vroeg. De Raad verkleint aldus de bewegingsvrijheid van het bestuur door in

---

<sup>677</sup> R.v.St. nr. 14.552, GONTHIER, 25 februari 1971 ; R.v.St. nr. 15.964, STAD ANTWERPEN, 10 juli 1973.

<sup>678</sup> R.v.St. nr. 57.929, VERSTEGEN, 31 januari 1996.

<sup>679</sup> R.v.St. nr. 37.519, SPRUYT, 11 juli 1991.

<sup>680</sup> R.v.St. nr. 68.846, DE MUYNCK, 24 oktober 1997.

het vernietigingsarrest na schorsing aan te geven welke motieven het bestuur niet meer mag opgeven.

Het komt derhalve in navolging van de arresten SEGERS <sup>(681)</sup> en TIBAX <sup>(682)</sup> voor dat de overheid er zich in beginsel toe verplicht, door een betrekking vacant te verklaren, om de benoemingsprocedure tot haar normaal eindpunt - de benoeming - te brengen en dat alleen concrete deugdelijke motieven dat vermogen te verhinderen. Zulke motieven werden niet aanwezig geacht in de zaak DECLERCQ waarin ook wordt overwogen dat wanneer een ambt vacant verklaard wordt, het in beginsel ook effectief moet worden begeven tenzij er pertinente redenen, waarvan het bestaan moet aangetoond worden, zijn om dat niet te doen <sup>(683)</sup>.

### § 1. De motieven voor een nieuwe oproep na een vernietigingsarrest

202. Omtrent de beweegredenen die de overheid kan hanteren ten voordele van een nieuwe oproep tot de kandidaten na een door de Raad van State vernietigde benoeming, wordt het motief om de keuze van de benoemende overheid tussen de kandidaten zo breed als mogelijk te maken, een aanwijsbare en objectieve reden geacht. Dit geldt zeker wanneer blijkt dat ondertussen meer ambtenaren aan de bevorderingsvoorwaarden voldoen <sup>(684)</sup>. In het arrest KINDT <sup>(685)</sup> heeft de Raad van State destijds gewezen dat

*"...nadat de benoeming van x door de Raad van State was vernietigd, de Minister niet gehouden was een der andere kandidaten te benoemen ; dat hij zijn macht niet overschrijdt wanneer hij, met het oog op het belang van de dienst, bij algemene maatregel de vroeger gestelde benoemingsvoorwaarden*

---

<sup>681</sup> R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977.

<sup>682</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.

<sup>683</sup> R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001.

<sup>684</sup> R.v.St. nr. 19.708, VANDEWEGHE, 20 juni 1979.

<sup>685</sup> R.v.St. nr. 2.030, KINDT, 10 december 1952.

*intrekt en er nieuwe stelt om een grotere keuze onder de kandidaten mogelijk te maken",*

Na een vernietiging van de benoeming, mag een onderzoek van de resterende kandidaturen achterwege blijven om redenen die verband houden met het belang van de dienst. Het bestaan van die redenen moet uiteraard uit het administratief dossier blijken en dat was in deze zaak KINDT niet het geval. De lezing van het arrest laat blijken van de wil van de overheid om niet verzoeker te benoemen. De Minister benoemt een kandidaat die niet het vereiste diploma heeft, die benoeming wordt door de Raad van State vernietigd, daarop wordt de diplomavereiste afgeschaft en er wordt een nieuwe oproep tot de kandidaten gedaan. Verzoeker voerde onder meer aan dat de betrekking niet kon worden vacantverklaard terwijl er nog benoembare kandidaten waren. P. LEWALLE haalt dit arrest aan als voorbeeld van een geval waar de administratie ertoe gerechtigd was een lacune in de reglementering recht te zetten. Hij schaart zich achter de mening van P. WEIL dat het anders zou zijn geweest had dit rechtzetten als enig doel gehad, de vernietigde handeling opnieuw te stellen <sup>(686)</sup>. Toch kan men zich niet van deze indruk ontdoen. Het arrest dateert van 1952 toen de motievencontrole van de rechter veel minder diepgaand was.

Bij de beslissing tot vacantverklaring zelf moet de overheid dus naar met het dienstbelang verband houdende motieven verwijzen. Natuurlijk mag het motief, erin bestaand over een grotere keuze te beschikken, geen drogreden zijn en dat blijkt soms wel eens, zoals uit later aangehaalde gedingen en zeker uit de zaak DE MEUTER zal naar voor treden. In het arrest DE MEUTER <sup>(687)</sup> wordt erop gewezen dat het niet in het administratief dossier is dat een motief wordt opgegeven voor het kiezen van een nieuwe vacantverklaring, maar wel in een stuk dat de verwerende partij in de loop van de procedure heeft ingediend. Dat motief, met name dat men andere kandidaturen moet mogelijk maken, *„vertoont niet de vanzelfsprekendheid die*

---

<sup>686</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 780.

<sup>687</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

*toelaat het aan het bestuur toe te schrijven ook al wordt het pas achteraf opgegeven*", aldus de Raad van State. De Raad vindt het zelfs verre van evident nu aan het fungeren van de tussenkomende partij maar een einde werd gemaakt omwille van de vernietiging van haar benoeming door de Raad van State. Alzo mag worden vermoed dat zonder dat vernietigingsarrest de tussenkomende partij voorts in dienst zou zijn gebleven zonder een nieuwe vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten voor die eerste benoeming, laat staan dat naar nieuwe kandidaten uitgekeken zou zijn <sup>(688)</sup>.

Er moeten derhalve *in concreto* ondertussen kandidaten zijn opgedoken, minstens moet er een realistisch vooruitzicht zijn op nieuwe kandidaten. In de zaak VANDEWEGHE <sup>(689)</sup> kon daadwerkelijk worden vastgesteld dat na de vernietiging van de benoeming ondertussen meer kandidaten aan de benoemingsvoorwaarden voldeden. Die laatste precisering is niet onbelangrijk. De gegevens van de zaak DE MEUTER <sup>(690)</sup> tonen aan dat, ondanks het feit dat de overheid ervan uitging dat er andere kandidaten zouden zijn, inderdaad weer geen andere kandidaten voorhanden waren en dat toch weer dezelfde werd benoemd. Daarom is het feit dat de Raad van State zou nagaan of er pertinente aanwijzingen voorhanden zijn dat de keuze onder de kandidaten daadwerkelijk zou worden verruimd, niet onbelangrijk. Anders kan die verruiming evengoed slechts een middel zijn om gemakkelijker opnieuw dezelfde kandidate te kunnen benoemen.

## § 2. De oproep wordt in uitzonderlijke omstandigheden niet langer als een voorbereidende handeling beschouwd

203. In tegenstelling tot de constante rechtspraak, ook nog bevestigd in 1999 <sup>(691)</sup>, is de Raad van State er vrij recent toe

---

<sup>688</sup> Idem, overw. 3.3.

<sup>689</sup> R.v.St. nr. 19.708, VANDEWEGHE, 20 juni 1979.

<sup>690</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

<sup>691</sup> R.v.St. nr. 59.452, SWARTENBROEKX, 30 april 1996, note Ph. COENRAETS, *J.L.M.B.*, 1996, 1522-1527 ; R.v.St. nr. 62.554, WYSEURE, 15

gekomen een vacantverklaring te schorsen, zij het na een eerder annulatiearrest. Kan de weigeringsbeslissing om een betrekking vacant te verklaren voor toelating tot de proeftijd worden geschorst bij gebonden bevoegdheid (<sup>692</sup>), dan kan, omgekeerd, bij discretionaire bevoegdheid, in het geval dat de overheid in plaats van tot een welbepaalde uitvoering van een annulatiearrest over te gaan, de betrekking zonder deugdelijke reden opnieuw vacant verklaart, ook die vacantverklaring worden geschorst (<sup>693</sup>). De overheid mag in bepaalde gevallen de procedure niet totaal hernemen.

Na een arrest dat de verzoekende partij in het gelijk stelt omdat met haar grotere aanspraken op de benoeming geen rekening

---

oktober 1996 ; R.v.St. nr. 76.841, RENNENBERG, 10 november 1998 ; R.v.St. nr. 77.286, SMETS, 1 december 1998 ; R.v.St. nr. 82.285, JASSOGNE, 16 september 1999, verslag en advies J.F. NEURAY, J.T., 1999, 127-128 ; zie, voor een greep uit de constante rechtspraak, voetnoten 889 en 890.

<sup>692</sup> R.v.St. nr. 58.852, HOLSTERS, 27 maart 1996.

<sup>693</sup> Dat het met het oog op sneller rechtsherstel aanbevelenswaard kan zijn zich reeds tegen een zogenaamde voorbereidende handeling te richten, onder verwijzing naar de rechtspraak DE MEUTER (R.v.St. nr. 64.979, DE MEUTER, 5 maart 1997), betekent niet dat er niet juridisch op het eindresultaat kan worden gewacht, ook om er de impliciete weigering in te lokaliseren, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 20.780, BEKE, 5 december 1980 ten aanzien van het in aanmerking nemen van een kandidatuur : "Overwegende dat iemand die een kandidatuur indient kan wachten tot de uiteindelijke beslissing genomen is die definitief uitwijst of hij benoemd werd of niet, om pas dan bij de Raad van State de vernietiging van die eindbeslissing te vorderen, niet alleen op grond van rechtmatigheidsbezwaren welke direct die eindbeslissing zelf betreffen, maar ook op grond van een onrechtmatigheid die begaan werd bij het verrichten van voorbereidende bestuurshandelingen, zowel wanneer deze louter voorbereidend zijn - d.w.z. zonder beslissende invloed op de inhoud van de eindbeslissing -, als wanneer ze echte voor-beslissingen uitmaken, d.w.z. handelingen waarvan de zin en de functie eveneens is voorbereidend te zijn ten aanzien van de eindbeslissing, maar waarvan het effect dadelijk en beslissend de inhoud van die eindbeslissing voor een deel bepaalt, met het gevolg dat ze als echte beslissingen kunnen worden beschouwd en als zodanig ook dadelijk voorwerp van een annulatieberoep kunnen zijn. Overwegende dat de in de brief van 23 juli 1974 vervatte weigering om verzoekers kandidatuur in aanmerking te nemen zich voordoet als een onderdeel van de complexe administratieve verrichting waarvan het eindpunt is het (...) benoemingsbesluit van 25 juni 1975, dat die weigering (...) voor hem geen beletsel kan uitmaken om de eindbeslissing, met name de benoeming (...) te bestrijden en tot staving van dat beroep als middel te doen gelden dat de weigering zijn kandidatuur in aanmerking te nemen onrechtmatig is, onverschillig of reeds, in het stadium van de voorbereiding van de door hem bestreden benoeming, al dan niet een beslissing over zijn kandidatuur genomen werd ; dat hij bovendien, om dezelfde reden, ontvankelijk is de vernietiging te vorderen van de impliciete weigering hem te benoemen."

werd gehouden of minstens, omdat de vergelijking niet deugdelijk was gebeurd, moet de overheid, in het licht van dat arrest, de vergelijking van de toenmalige aanspraken van de verzoekende en de tussenkomen de partij deugdelijk overdoen. Zij moet vervolgens aan de hand van die nieuwe vergelijking tot een nieuwe benoeming overgaan, tenzij zij een wettig motief om dat niet te doen kan aandrazen. Indien de overheid niet benoemt en de procedure totaal herneemt zonder daar maar één woord uitleg voor te verstrekken, is ten opzichte van de verzoekende partij de nieuwe vacantverklaring van de betrekking waarin zij kon worden benoemd, onwettig <sup>(694)</sup>.

Deze gedachte schuilt reeds in het arrest VAN DE WEGHE van 1975 : het overdoen van de benoemingsprocedure moet slechts vanaf het vastgestelde gebrek, tenzij er objectief aanwijsbare gegevens uitwijzen dat het belang van de dienst vergt dat *ab initio* wordt herbegonnen <sup>(695)</sup>. Uit de gegevens van die zaak bleek dat het adviserend orgaan, ondanks de duidelijke reglementering terzake, toch een onontvankelijke kandidatuur had onderzocht. In antwoord op het argument van de verwerende partij, met name dat verzoeker - die de enige geldige kandidatuur had ingediend - er geen belang bij had de miskenning aan te voeren van het voorschrift dat het indienen van de kandidaturen binnen een bepaalde termijn moest gebeuren, overweegt de Raad van State dat de vernietiging van de benoeming meebracht dat de benoemingsprocedure vanaf en met inbegrip van het onregelmatig advies als niet bestaande moest worden beschouwd tenzij geoordeeld werd dat de betrekking opnieuw vacant verklaard moest worden.

Wat het motief voor de nieuwe vacantverklaring ingevolge een uitspraak van de Raad van State betreft, werd in de zaken JASSOGNE <sup>(696)</sup> als motieven voor een vacature - vijf jaar na de

---

<sup>694</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

<sup>695</sup> R.v.St. nr. 17.282, VANDEWEGHE, 19 november 1975.

<sup>696</sup> R.v.St. nrs. 82.285 (verslag en advies J.F. NEURAY, *J.T.*, 1999, 127-128) en 82.286, JASSOGNE, 16 september 1999.



eerste - aangenomen dat bepaalde kandidaten ondertussen gepensioneerd waren en dat de reglementering terzake was gewijzigd. De nieuwe oproep was "*nécessairement soumis aux nouvelles règles statutaires en la matière puisque (...) l'arrêt nr. 39.064 n'exclut pas - et ne pouvait pas exclure - la possibilité d'un nouvel appel aux candidats (...)*" <sup>(697)</sup>.

204. Het feit dat de administratieve rechter er zich toe gerechtigd acht over de al dan niet vacantverklaring te oordelen, betekent een belangrijke stap vooruit ten gunste van rechtsherstel voor de verzoekende partij die een vernietiging bekwam op grond van het voorbijgegaan aan haar duidelijk grotere verdiensten <sup>(698)</sup>.

205. De vorenstaande elementen worden in dit werk aangestipt omdat ze tot de vaststelling leiden dat gegadigden vroeger kunnen en moeten ingrijpen met het oog op het in gang zetten van een voor hen gunstig evoluerende benoemingsprocedure.

Ze kunnen met name reeds in rechte treden wanneer de overheid lange tijd nalaat een betrekking vacant te verklaren of die betrekking bij wege van een tijdelijke aanstelling laat begeven.

Ook moeten kandidaten waakzaam zijn bij het talmen van de overheid om de benoemingsvoorwaarden tot stand te brengen, deze aan te passen of ze bekend te maken.

Het stopzetten van de benoemingsprocedure en een al dan niet nieuwe vacantverklaring kunnen op de deugdelijkheid van de motieven ervan worden onderzocht.

Er moet dan ook niet in alle omstandigheden op het eindresultaat van de benoemingsprocedure worden gewacht om enkel dat te bestrijden. Het opsporen en voor de Raad van State bestrijden van hinderpalen die de benoemingsprocedure

---

<sup>697</sup> R.v.St. nr. 39.064, JASSOGNE, 27 maart 1992.

<sup>698</sup> R.v.St. nr. 64.979, DE MEUTER, 5 maart 1997. In het arrest DE MOLIE heeft de Raad van State de beslissing tot een nieuwe oproep aanvechtbaar geacht in de mate dat ze de impliciete weigering inhield, rekening te houden met de verdiensten van de verzoekster voor de betrekking (R.v.St. nr. 31.638, DE MOLIE, 20 december 1998).

voorafgaan of in de loop daarvan opduiken kan een zo regelmatig mogelijke of sneller tot stand gekomen benoeming bewerkstelligen.

## HOOFDSTUK 5. DE HEERSENDE OPVATTING OVER DE VERNIETIGBAARHEID VAN DE IMPLICIETE WEIGERINGSBESLISSING BIJ DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID

### *AFDELING 1 : Wie zegt discretionaire bevoegdheid, zegt afwezigheid van rechtsplicht tot handelen*

206. De discretionaire bevoegdheid in de derde <sup>(699)</sup> hypothese (een regel staat de overheid toe te benoemen), betekent dat er voor de overheid *geen rechtsplicht* tot handelen is. De rechtspraak is sinds jaren duidelijk en eensluidend : zo er geen rangorde is vastgesteld door een norm <sup>(700)</sup> en de overheid met andere woorden niet in de uitoefening van een gebonden bevoegdheid <sup>(701)</sup> handelt <sup>(702)</sup> waardoor zij geen rechtsplicht <sup>(703)</sup> tot handelen heeft, kan er geen impliciete

---

<sup>699</sup> Die in randnr. 7 is vermeld.

<sup>700</sup> In afwezigheid van een oproep en van een bepaling die het opmaken van een rangschikking voorschrijft, is het niet mogelijk vast te stellen welke kandidaat voorrangrecht heeft op de benoeming (R.v.St. nr. 57.937, LAMBERT, 31 januari 1996).

<sup>701</sup> "(...) *Geen bepaling dat de benoeming een gebonden bevoegdheid uitmaakt, betekent afwezigheid van de voorwaarde opdat een impliciete weigering ontvankelijk zou kunnen worden bestreden.*" (R.v.St. nr. 31.543, WUYTS, 2 december 1988 ; R.v.St. nr. 38.118, DESMEDT, 19 november 1991 ; R.v.St. nr. 42.295, VANDEN BERGHEN en Cons., 16 maart 1993 ; R.v.St. nr. 86.788, CLAUS, 14 april 2000 ; R.v.St. nr. 87.687, VERHULST, 23 mei 2000) ; zie ook J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Ontvankelijkheid, o.c.*, 16, nr. 12 ; Over de ontvankelijkheid zegt de overwegende rechtspraak dat de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij afwezigheid van rechtsplicht onontvankelijk is ; een minderheidsrechtspraak stelt dat de vordering wel ontvankelijk is, doch niet kan toegewezen worden indien één of meerdere middelen tegen deze vordering aangevoerd, niet ontvankelijk of niet gegrond zijn (zie randnrs. 208 e.v.).

<sup>702</sup> R.v.St. nr. 35.046, DESMET, 5 juni 1990 ; voor rechtspraak van de Franstalige kamers : zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 51.711, PAS, 21 februari 1995 ; R.v.St. nr. 58.943, COMPASS, 28 maart 1996, noot D. LAGASSE, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre un acte administratif négatif ? », noot onder R.v.St. nr. 58.943, N.V. COMPASS, 28 maart 1996 en R.v.St. nr. 60.365, SALOVIC, 21 juni 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1520-1522 ; R.v.St. nr. 59.818, THIBAUT, 21 februari 1995 ; R.v.St. nr. 59.819, DESPERT, en R.v.St. nr. 59.820, VAN BRABANT, beide van 29 mei 1996 ; R.v.St. nr. 65.647, KOOT, 26 maart 1997.

<sup>703</sup> Zodanige rechtsplicht volgt uit een tekst die een voorrang instelt : bijvoorbeeld de voorrangsregeling van artikel 9 van de wet van 18 februari 1977 betreffende de inrichting van het hoger onderwijs van het lange type. Bijvoorbeeld in verband met de vereiste van de rechtsplicht : R.v.St. nr.

weigering te benoemen door de administratieve rechter worden vernietigd <sup>(704)</sup> of geschorst <sup>(705)</sup>. Een rechtsplicht tot handelen acht de rechter evenmin aanwezig indien de overheid nog op een advies wacht en dat advies in rechte nodig heeft om te beslissen. Zonder die rechtsplicht kan de impliciete weigeringsbeslissing niet uitdrukkelijk mee worden vernietigd <sup>(706)</sup>.

---

29.015, DE WAELE, 15 december 1987 (nu de andere kandidaten werden geacht niet te voldoen) ; R.v.St. nr. 32.893, EECKHOUT, 28 juni 1989 ; R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 ; R.v.St. nr. 35.785, DE WOLF, 6 november 1990 ; R.v.St. nr. 38.482, MAHY en R.v.St. nr. 38.483, VAN HAPEREN, beide van 14 januari 1992 ; R.v.St. nr. 39.487, BORMS, 26 mei 1992 ; R.v.St. nr. 39.554, SPRUYT, 2 juni 1992 ; R.v.St. nr. 50.545, ANTONISSEN, 30 november 1994 ; R.v.St. nr. 55.430, TYTGAT, 27 september 1995 ; R.v.St. nr. 56.028, LAFAUT, 25 oktober 1995 ; R.v.St. nr. 57.931, DE MEUTER, 31 januari 1996 ; R.v.St. nr. 61.818, CHAU, 18 september 1996 (de rechtsplicht volgt zelfs niet uit het feit dat de keuze beperkt was tot twee kandidaten en de benoeming van één onder hen onregelmatig is, zie randnr. 240) ; R.v.St. nr. 66.950, BOSMAN, 24 juni 1997 (benoeming op het einde van de stageperiode) ; R.v.St. nr. 67.113, JESPER, 27 juni 1997 ; R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997 ; R.v.St. nr. 72.314, CHAU, 10 maart 1998 ; R.v.St. nr. 77.445, DE GRANDE, 8 december 1998 ; R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001 ; R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001 ; R.v.St. nr. 100.412, VAN MULDER, 29 oktober 2001 ; R.v.St. nr. 102.971, BRAECKMAN, 28 januari 2002 ; Zie J. BAERT, "Aanstelling in een directiefunctie in het H.O.L.T.", noot bij R.v.St. nr. 43.079, DE RIDDER, 25 mei 1993, *T.O.R.B.*, 1993-94, 59-62 (62) ; BAERT, J. en DEBERSAQUES, G, *Administratieve rechtsbibliotheek, Raad van State, Afdeling administratie, Ontvankelijkheid, o.c.*, 16-17, nr. 12 ; BREWAEYS, E., "De rechter voor de rechter. Een overzicht van de rechtspraak van de Raad van State inzake benoemingen in de rechterlijke orde (1990-1995)", *T.B.P.* 1996, 191-197, nr. 5.

<sup>704</sup> LANCKSWEERDT, E., *Het administratief kort geding, o.c.*, 66 nr. 97 en de daar aangehaalde rechtspraak.

<sup>705</sup> Idem ; zie ook R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990 ; R.v.St. nr. 38.380, BORMS, 20 december 1991 ; R.v.St. nr. 40.055, PAS, 28 juli 1992 ; R.v.St. nr. 40.312, MERKEN, 15 september 1992 ; R.v.St. nr. 56.028, LAFAUT, 25 oktober 1995 ; R.v.St. nr. 73.385, DE KEYSER, 4 mei 1998 ; R.v.St. nr. 86.788, CLAUS, 14 april 2000 ; R.v.St. nr. 84.650, MOYERSON, 13 januari 2000 ; R.v.St. nr. 93.940, AUDENAERDE, 13 maart 2001 ; R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001 ; R.v.St. nr. 102.712, BEERENS, 21 januari 2002 ; R.v.St. nr. 108.556, NUYENS en 108.557, REYNDERS, beide van 28 juni 2002 ; Zie G. DEBERSAQUES, "Knelpunten in de schorsingsprocedure voor de afdeling administratie. Een prima-facie-onderzoek van de primaire ontvankelijkheidsvoorwaarden van de vordering tot schorsing", in *50 jaar Raad van State, Die Keure*, 1998, 56-57, nr. 17.

<sup>706</sup> R.v.St. nr. 53.911, VANHOUTTE, 21 juni 1995. Ook al werd de verzoekende partij door de bevorderingscommissie als eerste gerangschikt, toch is die verplichting niet aanwezig omdat die rangschikking de overheid niet bindt (R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER van 8 december 1987 ; R.v.St. nr. 28.975, VERFAILLIE van dezelfde datum) ; R.v.St. nr. 87.687, VERHULST, 23 mei 2000.

§ 1. De heersende rechtspraak koppelt de ontvankelijkheid van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing aan de grond van de zaak

207. Een verzoekschrift dat ook de nietigverklaring vordert van de impliciete weigering te benoemen, wordt ten aanzien van die vordering als *onontvankelijk* <sup>(707)</sup> beschouwd indien de verzoekende partij niet als middel kan aanvoeren dat de overheid de op haar rustende verplichting om verzoekende partij bij voorrang op alle andere concurrenten <sup>(708)</sup> te benoemen of aan te stellen, overtreden heeft <sup>(709)</sup> ; het recht op benoeming moet worden aangetoond <sup>(710)</sup> .

Dat geldt evenzeer wanneer de verzoeker voor de tweede maal de benoeming van zijn concurrent aanvecht en de vernietiging van de eerste benoeming op zijn verzoek werd uitgesproken <sup>(711)</sup> .

---

<sup>707</sup> De verzoekende partij moet doen gelden dat de overheid de rechtsplicht had haar aan te stellen, R.v.St. nr. 31.543, WUYTS, 2 december 1988 ; R.v.St. nr. 32.800, PIRLET, 27 juni 1989). Of zelfs *kennelijk onontvankelijk* : R.v.St. nr. 46.518, GEVERS, 15 maart 1994 ; R.v.St. nr. 47.902, DE DIJN, 13 juni 1994 ; R.v.St. nr. 84.769, ADAM, 19 januari 2000 ; R.v.St. nr. 96.967 (verwerping van de schorsing), VAN GINDERACHTER, 26 juni 2001 ; R.v.St. nr. 99.574, SOSSONG, 9 oktober 2001 ; R.v.St. nr. 103.606, COLLIN, 15 februari 2002 ; R.v.St. nr. 107.201, VILAIN, 30 mei 2002 ; R.v.St. nr. 107.915, VAN LIERDE, 17 juni 2002 ; R.v.St. nr. 108.933, MALCORPS, 5 juli 2002 ; R.v.St. nr. 111.123, HENNI, 8 oktober 2002 ; R.v.St. nr. 111.808, CLINI, 23 oktober 2002 ; R.v.St. nr. 114.747, HAUTCOEUR, 21 januari 2003.

<sup>708</sup> Doch indien van alle gegadigden, niemand wettig benoemd kan worden, kan het beroep tegen de weigering de verzoekende partij te benoemen onmogelijk worden toegewezen (R.v.St. nr. 43.242, DONNERS, 8 juni 1993).

<sup>709</sup> R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER en R.v.St. nr. 28.975, VERFAILLIE, beide van 8 december 1987 ; R.v.St. nr. 35.025, VAN HERREWEGHE, 29 mei 1990 ; R.v.St. nr. 35.697, DE RIDDER, 18 oktober 1990 ; R.v.St. nr. 50.546, SPITAEELS, 30 november 1994.

<sup>710</sup> R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER van 8 december 1987 ; nr. 28.975, VERFAILLIE van dezelfde datum ; in laatstvermelde zaak heeft verzoeker tevergeefs bepleit dat hij door het proces toch zijn rechtsaanspraken had bevroren ; R.v.St. nr. 31.637, VAN PASSEN, 20 december 1988.

<sup>711</sup> R.v.St. nr. 91.992, MEEUS, 8 januari 2001 : «(...)dat in de mate dat verzoeker ook de schorsing vordert van de in het benoemingsbesluit (...) vervatte weigering om hem bij wege van graadbevordering (...) te benoemen, die vordering niet kan ontvangen worden, dat immers de schorsing van een weigering tot benoeming slechts zinvol is indien er een recht op benoeming is in hoofde van verzoeker (...)» .

De weigering te benoemen wordt slechts vatbaar voor beroep en dus slechts ontvankelijk geacht, in het geval dat de overheid op grond van een gebonden bevoegdheid handelt (<sup>712</sup>).

In het arrest VANBRABANT heeft de Raad van State nog een aanvullend auditoraatsverslag gevraagd op grond van de overweging dat, voor zover verzoeker de impliciete weigering aanvecht om hem in de geambieerde betrekking te benoemen, die weigering slechts ontvankelijk kan worden bestreden indien de overheid de rechtsplicht heeft om hem te benoemen en dat, wanneer een middel wordt aangevoerd dat de schending van dergelijke rechtsplicht aanklaagt, de ontvankelijkheid van het beroep verweven is met de grond van de zaak. Dat het verslag van de auditeur zich beperkte tot het onderzoek van de vraag naar de ontvankelijkheid van het beroep en dit laatste een onderzoek naar de gegrondheid van (bepaalde) middelen vereiste, gaf aanleiding tot een onderzoeksmaatregel (<sup>713</sup>). Ook in deze zaak worden ontvankelijkheid en gegrondheid nog gekoppeld terwijl zoals hierna zal blijken, het helemaal niet is omdat een vordering niet gegrond is dat ze niet ontvankelijk zou zijn.

**§ 2. Gewijzigde opvattingen over de koppeling van de ontvankelijkheid van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing aan de grond van de zaak**

208. De rechtspraak huldigt sinds enige tijd een nieuw standpunt over het op ontvankelijke wijze kunnen bestrijden van de impliciete weigeringsbeslissing (<sup>714</sup>). Die laatste beslissing wordt volgens die rechtspraak geacht altijd ontvankelijk aanvechtbaar te zijn, ook als er geen rechtsplicht is bij de overheid en van zodra verzoekende partij ook maar enigermate te kennen geeft meer aanspraken op de begunstigende beslissing te kunnen laten gelden dan de benoemde. De administratieve rechter

---

<sup>712</sup> R.v.St. nr. 51.711, PAS, 21 februari 1995.

<sup>713</sup> R.v.St. nr. 71.988, VANBRABANT, 23 februari 1998.

<sup>714</sup> R.v.St. nr. 80.050, OOGHE, 4 mei 1999.

oordeelt dat er enkel en alleen te onderzoeken is of die vordering al dan niet gegrond is.

209. De rechter was, zoals zopas gezien, tot nog toe altijd teruggekeerd naar de ontvankelijkheidsvraag na het onderzoek naar de gegrondheid van de vordering (<sup>715</sup>) : was ze niet gegrond, dan was ze niet ontvankelijk (<sup>716</sup>) of zelfs kennelijk niet ontvankelijk (<sup>717</sup>). Na het onderzoek naar de gegrondheid was uitgemaakt of de overheid al dan niet had moeten beslissen in een welbepaalde zin. Was er geen verplichting aanwezig, dan huldigde de Raad van State de opvatting niet bevoegd te zijn om over de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te oordelen en verklaarde dat deel van de vordering onontvankelijk.

---

<sup>715</sup> Is het door de rechtspraak "samengevat" in het arrest TIBAX nr. 20.599 van 30 september 1980 dat de reflex aanwezig is dat een impliciete weigering enkel vernietigd kan worden als er een rechtsplicht is aangetoond geworden ?

<sup>716</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER, 8 december 1987 ; R.v.St. nr. 33.321, VAN GOMPEL, 31 oktober 1989 ; R.v.St. nr. 39.554, SPRUYT, 2 juni 1992 ; R.v.St. nr. 40.312, MERKEN, 15 september 1992 ; R.v.St. nr. 50.545, ANTONISSEN, 30 november 1994 ; R.v.St. nr. 50.546, SPITAEELS, 30 november 1994 ; R.v.St. nr. 60.958, BOSSUYT, 11 juli 1996 ; R.v.St. nr. 63.781, SCHEEMAKER, 23 december 1996 ("dat de Raad van State aan een verzoeker alleen de aldus gevraagde bijkomende rechtsbescherming kan verlenen wanneer hij tot de vaststelling komt dat het bestuur de rechtsplicht heeft om verzoeker te benoemen ; dat zulks te dezen niet het geval lijkt te zijn vermits verzoeker geen annulatiemiddelen lijkt aan te voeren waarvan het gegrond bevinden die rechtsplicht zou vestigen ; dat immers het gegrond bevinden van de schending van de formele of de materiële motiveringsverplichting, noch van de aangevoerde middelen van behoorlijk bestuur, van het gelijkheidsbeginsel of van (...) het statuut aan verzoeker het recht verlenen om bevorderd te worden ; dat evenmin de vaststelling van de schending van (...) het statuut (...) voor hem dat recht lijkt te kunnen inhouden, vermits weliswaar die bepaling een concrete bij de benoeming in acht te nemen rangorde voorschrijft, maar zonder dat zij aan het bestuur elke discretionaire bevoegdheid ontnemt omdat het bestuur steeds de mogelijkheid blijft behouden om bij gemotiveerde beslissing af te wijken van de voorwaarde inzake het bezit van een universitair diploma en omdat het bestuur, na advies (...), zelfs kan afwijken van de algemene rangorde (...)") ; R.v.St. nr. 77.445, DE GRANDE, 8 december 1998 ; R.v.St. nr. 79.748, GOSSELINCKX, 1 april 1999 : "dat verzoeker niet de enige kandidaat zou zijn die aan de vereiste voorwaarden voldoet, er wel toe leidt dat het beroep inzoverre verzoeker de vernietiging vordert van de impliciete weigering, onontvankelijk is" ; R.v.St. nr. 86.788, CLAUS, 14 april 2000 ; R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001.

<sup>717</sup> R.v.St. nr. 87.661, D'HOKER, 29 mei 2000.

De vraag kan worden opgeworpen waarom een vordering onontvankelijk moet worden om de enkele reden dat ze niet tot vernietiging kan leiden.

Thans blijkt sommige rechtspraak die mening niet langer toegedaan te zijn en is van oordeel dat er nooit kan worden overwogen dat de impliciete weigeringsbeslissing niet ontvankelijk kan worden bestreden ; er kan alleen worden geoordeeld of de vordering kan worden toegewezen of niet <sup>(718)</sup> <sup>(719)</sup>. Bij het luik van het onderzoek ten gronde, oordeelt de administratieve rechter in die rechtspraak of er grond is om te vernietigen <sup>(720)</sup>, nadat hij heeft nagegaan of het middel dat de vordering ondersteunt op ontvankelijke wijze is aangevoerd. Wat het terzake op ontvankelijke wijze aanvoeren van een rechtsmiddel aangaat, oordeelt het arrest VERMEERBERGHEN dat indien een verzoeker onder een opschrift "impliciete weigering

---

<sup>718</sup> Die gedachte is reeds terug te vinden in het arrest nr. 44.835, dat stelt dat zolang niet is aangetoond dat de bestreden beslissing een voorkeur schendt die verzoekende partij toekwam, dit feit alleen niet kan volstaan om tussen het verzoek tot overplaatsing en de bestreden beslissing een verband te leggen waardoor die laatste zou kunnen worden beschouwd als een impliciete weigeringsbeslissing. De Raad van State oordeelt dat de ontvankelijkheid dus gebonden is aan het onderzoek ten gronde en beveelt de heropening van de debatten opdat de middelen zouden worden onderzocht (R.v.St. nr. 44.835, REMOUCHAMPS, 5 november 1993).

<sup>719</sup> In het arrest nr. 64.784 oordeelt de Raad van State aangaande de gegrondheid van het beroep ten aanzien van de weigering verzoeker te benoemen „Overwegende dat als derde voorwerp van zijn beroep verzoeker de vernietiging aangeeft van "de in de vaste benoeming (...) vervatte beslissing van het niet vastbenoemen (...) van verzoeker"; dat blijkens zijn derde annulatiemiddel verzoeker er zodoende naar streeft dat door de uitdrukkelijke vernietiging van de impliciete weigering hem vast te benoemen de Raad van State tot uiting zou brengen dat de verwerende partij verplicht is hem vast te benoemen; Overwegende dat het middel in feite faalt; dat door de vaste benoeming van Frans D'HONT (...) een einde werd gemaakt, niet aan de vaste benoeming van verzoeker, maar aan de hem (...) verleende (halftijdse) tijdelijke aanstelling; dat in zijn middel verzoeker er wel op wijst dat hij ingevolge een oproep van 21 december 1988 van de pedagogische raad van de betrokken hogeschool een aanvraag, en wel als enige, voor vaste benoeming tot halftijds docent mechanica heeft gedaan en dat eerst de pedagogische raad op 1 februari 1989 en daarna de raad van beheer op 8 februari 1989 die aanvraag gunstig hebben geadviseerd, maar dat het niet ingaan op die aanvraag onmogelijk geïmpliceerd kan zijn in de vaste benoeming van Frans D'HONT aangezien die 13 januari 1989 is verleend, dus voordat de evenvermelde adviezen werden uitgebracht; dat het middel wordt afgewezen; dat deswege ook het beroep ten aanzien van het derde voorwerp moet worden verworpen;" (R.v.St. nr. 64.784, VAN STEENDAM, 26 februari 1997).

<sup>720</sup> R.v.St. nr. 59.702, TURTELBOOM, 15 mei 1996.



(hem) te benoemen" aanvoert "recht te hebben op" of "aanspraak te kunnen maken op" de toelating tot de proeftijd in het ambt van werkmeester, terwijl hij daarbij geen rechtsregel aanvoert waaruit dat recht of die aanspraak zou moeten blijken en welke hij geschonden acht, zijn verzoekschrift in die mate geen ontvankelijk rechtsmiddel bevat (<sup>721</sup>).

210. Het ene standpunt, dat van de overwegende rechtspraak, keert terug naar het uitgangspunt van de zaak. Na de gegrondheid duikt weer de ontvankelijkheidsvraag op. Die wordt dan beantwoord op grond van het antwoord gegeven ten aanzien van de grond van de zaak. Het andere standpunt houdt zich bij de gegrondheid en keert niet meer terug maar vervolgt met de fase die daarop volgt : al dan niet vernietigen. Zo in het arrest VAN MIDDEL (<sup>722</sup>) :

*"(...) Dat het bestaan van de rechtsplicht eventueel slechts zal kunnen blijken uit de motieven van een nietigverklaring (...) ; dat, immers, het van die motieven zal afhangen of verzoekster als eerste en voor de benoemde gerangschikt diende te worden (...) dan wel of de examenprestaties louter opnieuw beoordeeld moeten worden of zelfs, het examen helemaal moet worden overgedaan ; dat de vraag naar de ontvankelijkheid van het beroep (...) derhalve samenhangt met de grond van de zaak (...)".*

Of in het arrest AUDENAERDE, dat de "nieuwe rechtspraak" weergeeft (<sup>723</sup>) :

*„dat een impliciete weigering een administratieve rechtshandeling is die, als de algemene ontvankelijkheidsvereisten zijn vervuld, ontvankelijk met een annulatieberoep bestreden kan worden; dat verzoekster in haar annulatieberoep vraagt de impliciete weigering om haar aan te stellen (...) uitdrukkelijk te vernietigen; dat zij tegen die impliciete weigering een middel aanvoert waarin zij doet gelden dat de verwerende partij de rechtsplicht had haar die aanstelling te geven; dat de vraag naar de ontvankelijkheid van*

---

<sup>721</sup> R.v.St. nr. 115.411, VERMEERBERGEN, 4 februari 2003.

<sup>722</sup> R.v.St. nr. 87.684, VAN MIDDEL, 30 mei 2000.

<sup>723</sup> R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001.

*het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing derhalve samenhangt met de grond van de zaak".*

Zoals in de zaak OOGHE :

*" (...) dat een uitdrukkelijke vernietiging bij rechtsplicht echter niets te maken heeft met de ontvankelijkheid van het annulatieberoep tegen een impliciete weigering maar met het nut om, als dit beroep gegrond is, zulks met een uitdrukkelijke vernietiging tot uiting te brengen" <sup>(724)</sup>.*

211. Uiteraard kan een weigeringsbeslissing wel net als iedere rechtshandeling ontvankelijk apart worden bestreden. De ontvankelijkheid ervan kan samenhangen met andere rechtsvragen, met name onder meer de nood aan lokalisatie ervan in de positieve beslissing of de vraag of al dan niet een argument wordt aangevoerd om de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te ondersteunen, maar de ontvankelijkheid staat los van de vraag of de weigering rechtmatig is geschied <sup>(725)</sup>.

De vernietiging van de weigeringsbeslissing die in een uitdrukkelijke beslissing besloten ligt, kan in bepaalde gevallen los van de vernietiging van de uitdrukkelijke beslissing worden gevorderd. In de zaak OOGHE <sup>(726)</sup> was de verzoeker als docent gerangschikt ; in die uitdrukkelijke rangschikking was ook impliciet de weigering vervat om hem als hoofddocent te rangschikken. Wat verzoeker vernietigd wilde zien, was de weigering hem tot hoofddocent te rangschikken. De verkregen vernietiging betekent in dit geval niet dat de overheid verplicht is hem tot hoofddocent te rangschikken maar

---

<sup>724</sup> Zie R.v.st. nr. 80.050, OOGHE, 4 mei 1999 ; zelfde tekst in R.v.St. nr. 80.051, VAN BREE, 4 mei 1999.

<sup>725</sup> De impliciete weigeringsbeslissing is een voor annulatieberoep vatbare administratieve rechtshandeling. Het feit dat verzoeker wordt benoemd met ingang van een bepaalde, door hem betwiste datum, houdt de bevestiging van die weigering in. Verre van tot de onontvankelijkheid van het beroep te moeten leiden, moet die bevestiging bij gegrond bevinden van het beroep mee vernietigd worden, bij wijze van gevolgtrekking (R.v.St. nr. 82.642, WIJREMBLEWSKI, 4 oktober 1999).

<sup>726</sup> R.v.St. nr. 80.050, OOGHE, 4 mei 1999.

dat het motief dat zij heeft gehanteerd om hem niet tot daartoe te verheffen, opnieuw moet worden onderzocht (<sup>727</sup>).

212. Is er discretionaire bevoegdheid dan wordt in de overwegende rechtspraak bij het aanvoeren van het middel van de onwettige vergelijking van titels en verdiensten, een andere impliciete weigeringsbeslissing onrechtmatig bevonden, met name die om de aanspraken deugdelijk te onderzoeken. Maar er kan zoals hierboven aangehaald, processueel niet worden gesteld dat de impliciete weigeringsbeslissing enkel ontvankelijk kan worden bestreden bij gebonden bevoegdheid. Doch ook rechtspraak van 1998 koppelt nog steeds het feit dat er bij keuzebevoegdheid geen verplichting is om te benoemen aan de vraag of een dergelijke vordering kan worden onderzocht (<sup>728</sup>). Het komt ons voor dat in rechte niets dat onderzoek vermag in de weg te staan ; dat er geen rechtsgrond is om ze toe te wijzen heeft geen uitstaans met de ontvankelijkheidsvoorwaarden van een annulatieberoep.

Eénmaal de rechtspraak tot stand is gekomen die ervan uitgaat dat in elke benoeming de weigering schuilt om de niet-benoemden een benoeming te geven (<sup>729</sup>), zijn er in bepaalde gevallen uiteraard meerdere beslissingen geïncorporeerd in één beslissing. Zelfs als ze niet apart bestreden worden, zijn de weigeringen om te benoemen in de benoeming vervat. Dan kan niet meer gesteld worden dat één en dezelfde beslissing ontvankelijk kan worden aangevochten wat het formeel besliste zelf betreft en niet ontvankelijk is aangevochten wat het niet formeel maar impliciet besliste ervan aangaat.

---

<sup>727</sup> Zie ook bijvoorbeeld het arrest DE LEY : De vernietiging van een impliciete weigeringsbeslissing verplicht de overheid er toe om zich opnieuw en uitdrukkelijk uit te spreken over de geweigerde rangschikking. Die nieuwe beslissing kan niet, op straffe van schending van het gezag van gewijsde, steunen op de motieven die onwettig zijn bevonden. De Raad van State vernietigt de besluiten waarbij verzoeker als docent gerangschikt wordt in de mate dat die beslissingen de impliciete weigering inhouden om hem te rangschikken als hoofddocent (R.v.St. nr. 118.821, DE LEY, 29 april 2003 ; zie ook R.v.St. nr. 118.822, DE BISSCHOP van dezelfde datum).

<sup>728</sup> R.v.St. nr. 70.619, GOESSENS, 12 januari 1998 ; R.v.St. nr. 73.385, DE KEYSER, 4 mei 1998.

<sup>729</sup> Zie randnr. 213

## **AFDELING 2. Ook bij discretionaire bevoegdheid houdt elke benoeming de weigering tot benoemen van anderen in**

### **§ 1. Wat impliciet is beslist, is ook impliciet bestreden**

213. Een gedeelte van de rechtspraak stelt dat in elke begunstigende beslissing automatisch impliciet de beslissing vervat zit om allen die kandidaat waren voor benoeming maar niet benoemd zijn, te weigeren te benoemen (<sup>730</sup>). Die redenering geldt evengoed bij schorsing ; zo oordeelt de Raad van State dat de uitdrukkelijke schorsing van de impliciete weigering verzoeker te benoemen, hem geen voordeel kan verschaffen dat niet reeds impliciet besloten ligt in de schorsing van de benoeming en dat die impliciete weigering dus niet uitdrukkelijk mede wordt geschorst (<sup>731</sup>).

De keuze van één kandidaat impliceert de verwerping van de keuze van alle anderen en juridisch zit die verwerping derhalve in de keuze vervat (<sup>732</sup>). Het één kan niet zonder het ander. Wie een benoeming bestrijdt omdat hij meent dat daarbij ten onrechte aan zijn aanspraken erop is voorbijgegaan, bestrijdt

---

<sup>730</sup> M. BOES verwijst naar een verslag van auditeur HUBERLANT die als algemene regel formuleert "*Généralement, l'acte négatif - le refus de nommer le requérant - et l'acte positif - la nomination d'un autre candidat - sont indissociables, in "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State", o.c., 16).*

<sup>731</sup> R.v.St. nr. 84.650, MOYERSOEN, 13 januari 2000.

<sup>732</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998, waarin dezelfde stelling wordt geponeerd als bijvoorbeeld in het arrest nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997, met name dat ten aanzien van de impliciete weigering verzoeker te benoemen het ontvankelijkheidsprobleem als volgt gesteld moet worden : "*(...)wanneer verschillende kandidaten zich voor een benoeming aanmelden, impliceert het besluit houdende benoeming van één van hen uiteraard de weigering één van de anderen te benoemen. Wanneer dus op vordering van een geweerde kandidaat de vernietiging wordt uitgesproken van de benoemingsbeslissing, is impliciet mede vernietigd de weigering die kandidaat te benoemen, ook als deze daar niet uitdrukkelijk om heeft gevraagd*". Zie ook R.v.St. nr. 67.852, n.v. STRUKTON DE MEYER, 29 augustus 1997, overw. 4.1. en qua schorsingsrechtspraak, R.v.St. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001 dat overweegt dat de tijdelijke aanstelling van een ander alleszins de weigering impliceert om verzoekster diezelfde aanstelling te geven.

impliciet maar zeker de in die beslissing geïmpliceerde weigering hem te benoemen (<sup>733</sup>). Ook zo kan van een impliciet mee vernietigen geen sprake zijn wanneer de verzoekende partij uitdrukkelijk te kennen geeft dat zij zich alleen tegen de benoeming keert omdat zij zich neerlegt bij het feit dat zij de benoeming niet heeft gekregen. Wat immers uitdrukkelijk uit het voorwerp van het geding is gesloten, kan niet impliciet mee vernietigd worden (<sup>734</sup>).

De Raad van State oordeelt omgekeerd dat wanneer een verzoeker stelt dat ten onrechte werd geweigerd hem opnieuw aan te stellen, hij impliciet maar noodzakelijk opkomt tegen de aanstelling van anderen. Doet hij dat niet uitdrukkelijk, dan kunnen de nadien besliste aanstellingen toch in het voorwerp van het beroep worden betrokken (<sup>735</sup>). De vordering tot vernietiging ervan ligt immers impliciet besloten in de vordering tot vernietiging van de weigering tot heraanstelling die in die aanstellingen een bevestiging krijgt. Van degene die geweerd is voor een door hem voorheen beklede betrekking, mag niet worden verwacht dat hij de aanstellingen opvolgt van wie in zijn plaats komt (<sup>736</sup>).

## § 2. De weigeringsbeslissing blijft bestaan ook als de benoeming niet langer bestaat

214. De Raad van State houdt in dezelfde gedachtengang staande dat een aangevochten weigeringsbeslissing kan worden

---

<sup>733</sup> Een voorbeeld bij gebonden bevoegdheid, R.v.St. nr. 28.324, PANNIER, 30 juni 1987.

<sup>734</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998, overw. 3.2.3.

<sup>735</sup> R.v.St. nr. 114.914, DE MUYNCK, 23 januari 2003.

<sup>736</sup> R.v.St. nr. 81.380, VERLINDE, 28 juni 1999. De Raad van State verwijst in dat arrest naar het arrest nr. 26.740, BAKELANTS, 26 juni 1986, onder 2.2.2.2. : "Door te stellen dat ten onrechte een einde werd gesteld aan haar tijdelijke benoeming en dat zij zelfs vast benoemd had dienen te worden, komt verzoekster impliciet tegen de aanstelling van een ander persoon op". (T.Gem. 1988, 24, noot VANDENDRIESSCHE, A. ; T.B.P., 1987, 561).

onderzocht in een geval waar verzoekende partij een benoeming aanvecht van een kandidaat die naderhand zijn benoeming niet heeft aanvaard. Op de stelling van verwerende partij dat alzo de verzoekende partij geen belang meer bezit en zij trouwens de vernietiging niet heeft gevorderd van de impliciete weigeringsbeslissing haar vast te benoemen, antwoordt de Raad van State dat in het benoemingsbesluit, de weigering is vervat de verzoekende partij te benoemen <sup>(737)</sup>. De Raad van State oordeelt dat het feit dat het benoemingsbesluit geen uitwerking meer heeft, beperkt is tot die benoeming zelf en zich niet uitstrekt tot de weigering van benoeming van verzoekende partij die in die benoeming schuilgaat. De benoeming heeft bovendien enkel geen uitwerking gehad, maar is als wilsuiting van de overheid blijven voortbestaan. De overheid is op die wilsuiting niet teruggekomen zoals bij een intrekking wel het geval is. Er kan dus in dit geval onmogelijk worden gesteld dat de in de benoeming vervatte weigering van benoeming, samen met die benoeming is verdwenen.

Het belang om zelf door de vernietiging van de weigeringsbeslissing aangesteld te worden, bestaat ongeacht de persoon aan wie de aanstelling werd gegeven en dat belang blijft bestaan ondanks het ontslag dat de begunstigde van de beslissing in de loop van het geding heeft gegeven <sup>(738)</sup>. De redenering dat een verzoekende partij haar belang niet verliest indien de aangevochten aanstelling, waarin zij haar impliciete weigeringsbeslissing lokaliseert, in de tijd verstreken is <sup>(739)</sup>, geldt derhalve evenzeer indien de benoemde zijn of haar betrekking niet daadwerkelijk heeft opgenomen, niet heeft uitgeoefend of heeft verlaten.

---

<sup>737</sup> R.v.St. nr. 74.166, BRAECKMAN, 9 juni 1998.

<sup>738</sup> R.v.St. nr. 19.269, GEUENS, 21 november 1978 ; R.v.St. nr. 19.593, VAN MACHELEN, 27 april 1979.

<sup>739</sup> Wat dit in de tijd verstreken zijn aangaat, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 34.403, DEPESSEMIER, 21 maart 1990 : *"Noch de omstandigheid dat de gevolgen van de bestreden aanstelling hebben opgehouden te bestaan ten tijde van het indienen van het beroep, noch de latere aanstelling van de verzoekende partij doen haar belang verdwijnen bij de vernietiging van de beslissing, die haar verlies deed lijden op het vlak van salaris en anciënniteit"*.

Het gaat om twee onderscheiden vorderingen met betrekking tot onderscheiden beslissingen. De overheid weigert de niet-benoemde te benoemen op hetzelfde ogenblik dat zij de begunstigde benoemt. Op dat moment ontstaat de impliciete weigeringsbeslissing en ten opzichte van wie zij is getroffen, blijft zij bestaan ongeacht wat er met de beslissing die impliciet de weigeringsbeslissing incorporeert, gebeurt. Het is niet omdat die expliciete beslissing een in de tijd beperkt bestaan heeft of een bestaan zonder uitvoering, dat zij bij de beëindiging van haar uitwerking de beëindiging van de uitwerking van de impliciete weigeringsbeslissing met zich meebrengt. Kunnen beiden initieel niet zonder mekaar, dan kunnen zij nadien een apart juridisch bestaan leiden. De impliciete weigering blijft genomen en de beweegreden van de overheid van dat beslissingsmoment blijft controleerbaar door de rechter ongeacht de omstandigheden naderhand. De rechter plaatst zich ter toetsing van de motieven van de overheidsbeslissing op het ogenblik van het nemen ervan. Het is dat ogenblik dat door een beroep bij de Raad van State wordt vastgelegd. Wat de vraag betreft, tot hoever het administratief rechtsherstel moet reiken, bieden de inhoud van de expliciete beslissing en naderhand de concrete omstandigheden van de zaak zoals ze blijken uit het geding voor de Raad van State, daar zicht op.

215. Ook in dit concrete geval ontmoeten we het argument van de duidelijkheid in het rechtsverkeer dat de Raad van State hanteert om te beslissen dat indien de weigering om verzoekende partij te benoemen onwettig wordt bevonden, de benoeming van diegene die ontslag heeft gegeven, mee wordt vernietigd. Dit mee vernietigen doet de Raad van State „om de stelling op te vangen“, zo zegt hij, „dat, aangezien de weigering van benoeming begrepen is in de bestreden benoeming, ze alleen met die benoeming uit het rechtsverkeer kan verdwijnen“ (<sup>740</sup>). Tot nog toe oordeelt de Raad van State dat de impliciete

---

<sup>740</sup> R.v.St. nr. 74.166, BRAECKMAN, 9 juni 1998.

weigeringsbeslissing enkel formeel moet worden vernietigd ingeval de overheid hoe dan ook verplicht is de verzoeker te benoemen en door die formele vernietiging aan de overheid duidelijk moet worden gemaakt dat de verzoeker in uitvoering van het vernietigingsarrest in de omstreden betrekking moet worden benoemd (<sup>741</sup>). Wanneer de Raad van State expliciet de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing uitspreekt, doet hij dit dus naar zijn zeggen enkel voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer.

216. Met die stelling, te weten het alleen in het dictum opnemen van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing wegens de duidelijkheid in het rechtsverkeer, neemt de Raad van State wat afstand (<sup>742</sup>) van wat hij in het basisarrest TIBAX (<sup>743</sup>) stelt, met name dat de impliciete weigeringsbeslissing *een aparte vordering uitmaakt die apart moet worden vernietigd*. Het feit dat de impliciete weigeringsbeslissing maar bestaat door de benoeming van een concurrent, aldus de leer van het arrest TIBAX, sluit niet uit dat de impliciete beslissing, die inhoudelijk van de uitdrukkelijke beslissing is onderscheiden, ideëel van die uitdrukkelijke beslissing kan worden afgesplitst.

Dus zelfs indien het bestaan van de impliciete weigering te benoemen blijkt uit de benoeming, toch zijn het twee onderscheiden beslissingen. Iedere beslissing heeft immers een ander voorwerp, heeft een andere directe rechtsadessaat en de gevolgen die eruit voortkomen zijn voor iedere adessaat evident eveneens andere. Ook de grondslag van beide beslissingen is uiteraard verschillend. Bijgevolg zijn ze goed te dissociëren : een benoeming is denkbaar, ook al voegt er

---

<sup>741</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980 ; R.v.St. nr. 32.741, VOLDERS, 13 juni 1989.

<sup>742</sup> Ook J. LUST schrijft dat verschillende arresten aan de essentie van die processuele techniek van het arrest TIBAX lijken voorbij te gaan ("De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c., 132, vn. 75).

<sup>743</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.



zich geen weigering te benoemen aan toe. Dat is bijvoorbeeld het geval in alle omstandigheden waar slechts één kandidaat voorhanden is, bijvoorbeeld bij benoeming in een vlakke loopbaan.

Het omgekeerde is ook waar : men kan niet stellen dat de weigeringsbeslissing te benoemen altijd uit de benoeming volgt. Die weigeringsbeslissing om te benoemen kan ook bestaan ten opzichte van één kandidaat, bijvoorbeeld indien de overheid niet zinnens is een benoemingsprocedure aan te vangen of die ene kandidaat te benoemen.

217. De huidige rechtspraak volgt nog steeds de gedachtengang dat bij de vernietiging van de benoeming de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen mede vernietigd is en de overheid daar bij gebonden bevoegdheid verplichtend gevolg moet aan geven ; maar waar de wegen scheiden, is wat het dictum aangaat. Het arrest TIBAX stelt immers dat het nog altijd nodig is uitspraak te doen over de gegrondheid van de vordering tot vernietiging van de weigering te benoemen en meer bepaald over het specifieke middel dat de benoembaarheid van de verzoekende partij betreft, ook al is de benoeming zelf reeds onrechtmatig bevonden :

*„De complementaire vordering tot vernietiging van de weigering te benoemen heeft derhalve wel een eigen nut. Wordt na de vernietiging, die slaat, zowel op de benoeming als op de weigering te benoemen, een nieuwe benoemingsprocedure ingezet, dan heeft verzoeker de waarborg dat de waardering van zijn verdiensten geen tweede maal foutief zal gebeuren. Indien de weigeringsbeslissing ten gevolge van de vernietiging van de benoeming verdwijnt, is dat niet omdat het dictum daarop doorwerkt, maar omdat de vernietiging van de benoeming het resultaat van de benoemingsprocedure doet verdwijnen. Indien het dictum enkel de vernietiging van de benoeming uitspreekt, werkt het gezag van het vernietigingsmotief enkel in op de situatie van (...) de benoemde, niet op (...) die van verzoeker, ook al wordt in de vernietigingsgrond vastgesteld dat precies de verplichting hem te benoemen, niet werd nagekomen” (744).*

---

<sup>744</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 6.3.

218. Een deel van de huidige rechtspraak meent dat de vernietigingsgrond gecombineerd met het dictum hetzelfde resultaat oplevert. Het arrest TIBAX statueert echter over een beslissing getroffen in een gebonden bevoegdheid, terwijl het bedoelde deel van de huidige rechtspraak, die stelling zowel bij gebonden als bij discretionaire bevoegdheid huldigt. De rechtspraak van het arrest TIBAX is destijds tegemoetgekomen aan de verzuchting van de verzoekers om op grond van een arrest dat hen recht verschafte op de benoeming, van onwillige overheden die benoeming toch toegekend te krijgen <sup>(745)</sup>.

### ***AFDELING 3 : De redenen waarom bij discretionaire bevoegdheid geen impliciete weigeringsbeslissing kan worden vernietigd***

#### **§ 1. Verbod van indeplaatsstelling**

219. Bij discretionaire bevoegdheid van het bestuur is de Raad van State ervoor bevreesd zich bestuursbevoegdheid aan te matigen indien hij de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen of de impliciete weigeringsbeslissing een bepaalde overheidsopdracht toe te wijzen <sup>(746)</sup> zou vernietigen ; de rechtspraak hieromtrent is legio <sup>(747)</sup>. De Raad van State zou

---

<sup>745</sup> Zie bijvoorbeeld de zaken RONDAS (randnr. 86) en VANUYTVEN (randnr. 89) besproken in het deel aangaande de vernietiging van de impliciete weigering bij gebonden bevoegdheid.

<sup>746</sup> R.v.St. nr. 40.166, B.V.B.A. J.P. DRAPS en B.V.B.A. POTVLIEGHE-DE MAEYER, 27 augustus 1992, *T.Gem.*, 1993, 334. De Raad van State kan niet in de plaats van de overheid de keuze van de meest voordelige offerte doen.

<sup>747</sup> R.v.St. nr. 31.543, WUYTS, 2 december 1988 ; R.v.St. nr. 34.318, MORDANT, 12 maart 1990 ; R.v.St. nr. 35.403, BOUXIN, 6 juli 1990 ; R.v.St. nr. 35.608, BOSSART, 28 september 1990 ; R.v.St. nr. 36.641, RADERMACHER, 13 maart 1991 ; R.v.St. nr. 36.742, BENEUX en R.v.St. nr. 36.745, RENARD, beide arresten van 27 maart 1991 ; R.v.St. nr. 37.736, BAEYENS, R.v.St. nr. 37.738, JORIS en R.v.St. nr. 37.739, LESPAGNARD, 25 september 1991 ; R.v.St. nr. 38.081, TOFFOLI, 8 november 1991 ; R.v.St. nr. 38.466, DEMEY, 10 januari 1992 ; R.v.St. nr. 39.381 en 39.382, BOUTARA, beide arresten van 13 mei 1992 ; R.v.St. nr. 43.299, BUYDENS en R.v.St. nr. 43.304, THOUMSIN, beide arresten van 15 juni 1993 ; R.v.St. nr. 43.712, CHLEIDE en R.v.St. nr. 43.714, DELVAUX, beide arresten van 5 juli 1993 ; R.v.St. nr. 45.650, KNEIPE, 11 januari 1994.

alsdan kiezen terwijl bij discretionaire bevoegdheid de keuze bij de bevoegde administratieve overheid ligt (<sup>748</sup>).

220. De Raad van State kan dus niet vaststellen - althans niet in een eerste geding - dat de overheid de plicht heeft de verzoekende partij te benoemen in het geval waarbij de verdiensten en geschiktheden van de kandidaten moeten worden onderzocht ; dit onderzoek komt toe aan de overheid terwijl de Raad van State het door middel van de motievencontrole controleert (<sup>749</sup>).

**§ 2. Het keuzerecht van de - in haar ogen - beste kandidaat behoort de overheid toe**

221. Dit verbod van indeplaatsstelling geldt nog steeds indien de Raad van State duidelijk vaststelt dat de verzoeker als niet benoemde kandidaat onomstootbaar beter is dan de wel benoemde. De Raad van State moet voor de overheid na het annulatiearrest de mogelijkheid openhouden eventueel een andere kandidaat te verkiezen, zelfs indien ook deze kandidaat objectief gesproken niet beter kan zijn dan de verzoeker (<sup>750</sup>). Dus op het argument de „beste“ kandidaat te zijn, argument door de verzoeker aangevoerd, moet de Raad van State repliceren dat zolang de benoemende overheid na de benoeming een andere kandidaat zou kunnen verkiezen boven verzoekende partij, ook al lijkt die partij objectief de beste te zijn, de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing (luidens de klassieke rechtspraak) onontvankelijk is (<sup>751</sup>). De Raad van State blijft stellen niet in de plaats van de overheid een oordeel over de geschiktheid te kunnen vellen. De motieven van

---

<sup>748</sup> R.v.St. nr. 34.318, MORDANT, 12 maart 1990 ; R.v.St. nr. 46.458, STECKE, 7 maart 1994.

<sup>749</sup> R.v.St. nr. 39.488, LUPPENS, 26 mei 1992 ; R.v.St. nr. 45.362, DE SMET, 20 december 1993.

<sup>750</sup> R.v.St. nr. 45.651, VANDEN BERGHE, 11 januari 1994 ; R.v.St. nr. 67.125, DIELS, 27 juni 1997.

<sup>751</sup> R.v.St. nr. 44.680, OPLIEGER, 22 oktober 1993.

de benoemingsbeslissing toetsen is verschillend dan aangeven wie de beste gegadigde is. Dat laatste kan hoogstens in voorwaardelijke vorm worden geformuleerd in de motivering van het arrest. De rechtspraak stelt op algemene wijze, niet in de plaats van de overheid te kunnen oordelen in hoeverre de aanspraken van de verzoekende partij groter blijken dan die van haar concurrenten (<sup>752</sup>). De overheid behoudt de bevoegdheid om de feitelijke geschiktheid van de overblijvende kandidaten te beoordelen. Rekening moet bijvoorbeeld worden gehouden met de mogelijkheid dat de inschatting van de aanspraken der kandidaten door de overheid kan zijn gebeurd vanuit een door het bestuur nog niet geopenbaard gezichtspunt. Er moet de overheid derhalve minstens nog de kans worden gelaten haar appreciatie van de aanspraken duidelijker en concreet te stellen.

**§ 3. Er kan geen impliciete weigeringsbeslissing worden vernietigd, ook indien de andere medekandidaten van de benoemingsprocedure geen annulatieberoep hebben ingesteld**

222. Indien slechts één niet-benoemde de benoeming aanvecht terwijl er in de benoemingsprocedure verscheidene kandidaten mededongen, zou kunnen geargumenteed worden dat de rechtsstrijd voor de Raad van State zich nog slechts rond de verzoeker en de benoemde afspeelt. Is de benoeming onwettig, dan zou volgens die redenering rechtens na het arrest nog enkel rekening kunnen worden gehouden met de aanspraken van de ten onrechte benoemde en van de verzoeker. Doch bij de weigering van de Raad van State om de weigeringsbeslissing mede te vernietigen bij discretionaire bevoegdheid, wordt met dit argument geen rekening gehouden, in tegenstelling tot wat bij gebonden bevoegdheid gebeurt. Omdat deze redenering bij gebonden bevoegdheid een belangrijk element in de rechtspraak is wordt ze in de volgende afdeling apart gesitueerd.

---

<sup>752</sup> R.v.St. nr. 68.646, PEETERS, 7 oktober 1997.

## **AFDELING 4 : De deformatie-theorie**

### **§1. Slechts toegepast bij gebonden bevoegdheid**

223. Onder het vorig randnummer wordt de vraag opgeworpen of de andere kandidaten, die niet zijn opgekomen tegen hun niet-benoeming, niet vervallen zijn van hun recht om de weigering te benoemen nog te kunnen betwisten. Dit aspect vormt een apart probleem in het raam van de rechtspraak van de Raad van State rond de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen en het zou de „deformatie-theorie of deformatie-leer“ kunnen genoemd worden (<sup>753</sup>). Eerst worden de voorwaarden behandeld waaronder de deformatie-theorie werkzaam is. Slechts bij gebonden bevoegdheid aanvaardt de rechtspraak de deformatie door een proces bij de Raad van State. Vervolgens wordt de „deformatie-theorie“ getransponeerd op de omstandigheden waarin de overheid in een discretionaire bevoegdheid handelt en worden de pogingen omschreven om ze ook in die soort bevoegdheid als leer te laten aanvaarden door de administratieve rechter.

### **§ 2. Omschrijving**

224. Volgens de „deformatie-leer“ is door het feit van de rechtsgang bij de Raad van State, uitsluitend de verzoekende partij gerechtigd op de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen of aan te stellen, ook al was zij initieel niet de best gerangschikte kandidaat. Geredeneerd wordt dat die partij door het aanspannen van een beroep, haar rechtsaanspraken werkzaam heeft gehouden terwijl de desgevallend in de rangorde voor de verzoekende partij geklasseerden, bij ontstentenis van procesgang tegen de benoeming, na het arrest geen recht meer hebben op de

---

<sup>753</sup> Die zienswijze is niet onder die naam bekend.

benoeming. Ze worden geacht hun rechtsaanspraken niet werkzaam te hebben gehouden (<sup>754</sup>).

Met "deformatie" wordt m.a.w. bedoeld dat, was er voor het geding desgevallend een aantal kandidaten in concurrentie, de kandidaten vanaf het inleiden van een geding beperkt zullen zijn tot de benoemde en de verzoekende partij omdat enkel ten aanzien van die twee partijen de bestreden beslissing niet definitief is geworden.

Bij wijze van voorbeeld hoe deze leer in de rechtspraak van de Raad van State wordt geformuleerd, wordt verwezen naar het arrest GROMMEN dat oordeelt dat,

*"rekening gehouden met de door verzoeker aangevoerde en gegrond bevonden vernietigingsgrond, het voor de uitvoering van het arrest zonder belang is de mogelijkheid dat andere kandidaten wel aan de gestelde aanstellingsvoorwaarden voldeden of een dispensatie hadden gekregen. De reden daarvoor is niet dat het dossier geen dergelijke kandidaten doet kennen maar dat, voorzover er kandidaten waren, geen van hen een beroep tot nietigverklaring heeft ingediend en daarom zij allen, sinds het verstrijken van de hun gegeven beroepstermijn, vervallen zijn van het recht om nog op enige grond de wettigheid van de aanstelling te betwisten, zelfs niet op grond van hun per hypothese oorspronkelijk gegronde aanspraken op de aanstelling, als om de ontvankelijkheid of gegrondheid van het beroep van de verzoekende partij aan te vechten"* (<sup>755</sup>).

Het arrest VERMESEN voegt daar nog aan toe "dat dit geldt zowel als ze de beroepstermijn hebben laten voorbijgaan als wanneer ze niet voldoende belangstelling hebben opgebracht om zich ervan te vergewissen of het bestuur rechtmatig op hun aanvraag heeft beschikt" en overweegt "dat in redelijkheid moet geacht worden dat ze in het voorbijgaan van hun aanspraken hebben berust" (<sup>756</sup>).

---

<sup>754</sup> LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, o.c., 212 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., 871, nr. 867 ; VAN DAMME, M., *Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 135, nr. 29, vn. 83.

<sup>755</sup> R.v.St. nr. 22.106, GROMMEN, 9 maart 1982.

<sup>756</sup> R.v.St. nr. 18.272, VERMESEN, 13 mei 1977. P. LEWALLE citeert het arrest VERMESEN volledig onder het hoofd "Beperking van het absolute karakter van het gezag van gewijsde" (*Contentieux administratif*, o.c., 743 nr. 451).

Anders gesteld, de mogelijke belanghebbenden mogen vermoed worden aan hun aanspraken, die niet van openbare orde zijn, verzaakt te hebben <sup>(757)</sup>. Alleen de verzoekende partij heeft recht op rechtsherstel dat bestaat uit de reconstructie met terugwerkende kracht van haar loopbaan, al werkt een vernietigingsarrest in beginsel erga omnes en is de benoeming of aanstelling voor iedereen vernietigd ingevolge de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest. De onthouding van de andere kandidaten om een beroep in te stellen sluit in dat zij afstand hebben gedaan van hun aanspraken op de betwiste aanstelling of benoeming <sup>(758)</sup>.

### § 3. De voorrang ontstaat door het enkele feit van het instellen van een annulatieberoep

225. In zaken van gebonden bevoegdheid waarbij de verzoekende partij ook de impliciete weigeringsbeslissing vordert te vernietigen, erkent de Raad van State, praktisch beschouwd, door het inleiden van het geding een echte voorrang van degene die wel een annulatieberoep instelt op degene(n) die dit niet doet(n) : aan de verzoekende partij moet worden geacht onrechtmatig te zijn onthouden, de toewijzing van de betrekking waarvoor de anderen ook ambitie hadden en waarvoor zij beter gerangschikt waren dan de verzoekende partij <sup>(759)</sup>.

---

<sup>757</sup> R.v.St. nr. 30.506, MAES, 28 juni 1988.

<sup>758</sup> Voor een voorbeeld waar wel andere kandidaten een vordering tot nietigverklaring hadden ingesteld tegen de bestreden toelating tot de stage, waar overigens ook geen rangschikking was opgemaakt en waar de Raad van State dus in de onmogelijkheid verkeerde de impliciete weigeringsbeslissing toe te wijzen, zie R.v.St. nr. 31.303, CORNEILLIE, 8 november 1988.

<sup>759</sup> Onder de talrijke gevallen : bijvoorbeeld R.v.St. nr. 18.272, VERMESEN, 13 mei 1977 ; R.v.St. nr. 18.274, DAWANS, 13 mei 1977 ; R.v.St. nr. 18.314, DE CEUNINCK, 14 juni 1977 ; R.v.St. nr. 18.509, SCHOUTERDEN, 25 oktober 1977 ; R.v.St. nr. 18.565, REYNDERS, 22 november 1977 ; R.v.St. nr. 18.674, COLIN, 10 januari 1978 ; R.v.St. nr. 23.836, DE SCHEPPER, 20 december 1983 ; R.v.St. nr. 68.792, PHILIPPART, 10 oktober 1997. Deze rechtspraak is niet toepasselijk wanneer noch de verzoeker noch de aangestelde het vereiste bekwaamheidsbewijs bezitten en niet bewezen is dat geen enkele kandidaat die wel dat bewijs bezat zich heeft aangemeld. De verzoekende partij kan dan wel ontvankelijk de vernietiging vorderen van de aanstelling, maar kan niet staande houden dat die aanstelling moet worden

De theorie van de deformatie werd derhalve door Paul VERMEULEN (<sup>760</sup>) samengevat als volgt : *"Alleen wie komt (<sup>761</sup>), krijgt (iets)"*. Wie niet komt, heeft zijn rechten verzaakt en die rechten herleven niet meer.

226. Er is derhalve sprake van rechtsverwerking en geen enkele andere partij kan nog opkomen voor de rechten van de initieel prioritairen. Daarvan doet de zaak LEQUEUX blijken ; daarin hadden zowel de verwerende als de tussenkomende partij aan verzoeker het vereiste belang ontzegd, in zoverre hij de vernietiging vorderde van de weigering hem tot de stage toe te laten. Zij argumenteerden dat indien de minister de rangschikking van de kandidaten had gevolgd, hij niet verzoeker maar de eerst gerangschikte kandidaat tot de stage zou hebben toegelaten (<sup>762</sup>). Verzoekende partij antwoordt daarop dat ondanks het feit dat hij niet de best geklasseerde kandidaat is, hij de enige is die voor de annulatierechter zijn voorrang op de benoemde doet gelden. De Raad van State overweegt daarop dat inderdaad een constante rechtspraak in de lijn ligt van het door verzoeker geresumeerde arrest TIBAX. Het gezag van gewijsde betekent gebonden zijn en de "omnes" betekent dat iedereen verplicht is die rechten te eerbiedigen.

227. Ook de Franstalige rechtsleer verwijst naar deze „deformatie-theorie“, evenwel stellend dat de Franstalige rechtspraak un „raisonnement plus „objectiviste“ hanteert :

*"Saisi du même problème, une chambre de langue française l'a résolu dans le même sens, mais au terme d'un raisonnement plus "objectiviste": "Considérant qu'il résulte effectivement du dossier que quatre candidats étaient classés avant la requérante ; que la partie adverse n'allègue pas que ceux-ci auraient introduit en temps utile des recours en annulation contre la*

---

beschouwd als inhoudende de onrechtmatige weigering haar aan te stellen (R.v.St. nr. 18.963, LELEU, 9 mei 1978).

<sup>760</sup> Wijlen P. VERMEULEN, gewezen Eerste Voorzitter van de Raad van State.

<sup>761</sup> Bedoeld is : die een geding instelt voor de Raad van State.

<sup>762</sup> R.v.St. nr. 35.008, LEQUEUX, 22 mei 1990.



*désignation attaquée ou contre les décisions implicites de ne pas les désigner ; qu'il y a lieu de considérer dès lors ces décisions comme définitives à leur égard* (<sup>763</sup>).

Verscheidene arresten oordelen enkel dat de verwerende partij niet aantoont dat de betrekking aan een ander dan verzoekende partij moest toekomen omwille van diens betere rangschikking ; belangrijk is dat die rechtspraak wel ook de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum van het arrest vernietigt (<sup>764</sup>).

Sommige arresten doen echter twijfel rijzen of de jurisprudentie van de Franstalige kamers wel altijd de "deformatie-theorie" aanvaardt. Het arrest THOMAS wijst de impliciete weigeringsbeslissing om de verzoekster tot de stage toe te laten niet toe omdat zij vierde is gerangschikt en er een derde gerangschikte kandidaat is over de regelmatigheid van wiens kandidatuur de Raad van State overweegt niet te kunnen oordelen (<sup>765</sup>). De overheid had nochtans zelfs aangevoerd dat de minister ertoe gehouden was de rangschikking te eerbiedigen.

In de zaak FRUMER (<sup>766</sup>) stelt de verzoeker dat hij in de rangschikkingsgroep was opgenomen en de aangestelde niet. Zijn

---

<sup>763</sup> M. LEROY, o.c., 74, vn. 1 die verwijst naar het arrest nr. 43.940, JAMINET, 18 oktober 1993 ("*le ministre, en cas d'annulation de la nomination temporaire attaquée, a l'obligation de nommer l'enseignant évincé requérant lorsque les candidats classés avant celui-ci n'ont pas introduit de recours en annulation contre la nomination attaquée ou contre le refus de les nommer*"). Zie ook R.v.St. nr. 68.791, PHILIPPART ; R.v.st. nr. 68.789, QUERTON en R.v.St. nr. 68.790, TIMMERMANS, allen van 10 oktober 1997 "*Considérant qu'il résulte du dossier que d'autres candidats étaient classés avant la requérante dans le premier groupe ; que la partie adverse n'allègue cependant pas que ceux-ci auraient introduit en temps utile des recours en annulation contre la désignation attaquée ou contre les décisions implicites de ne pas les désigner ; qu'il y a lieu dès lors de considérer ces décisions comme définitives à leur égard*". () Nog R.v.St. nr. 112.294, WILLEMS, 6 november 2002 met vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum.

<sup>764</sup> R.v.St. nr. 43.489, BAEYENS, 25 juni 1993. Verzoekster was als 31<sup>e</sup> gerangschikt ; de aangewezen kandidate bekleedde de 152<sup>e</sup> plaats in de rangschikking ; R.v.St. nr. 64.990, MAGNETTE, 5 maart 1997 (verzoekster nam de 26<sup>e</sup> plaats in ; de aangestelde kandidate de 78<sup>e</sup> plaats) ; R.v.St. nr. 66.553, DOYEN, 4 juni 1997 (verzoekster bekleedde de 8<sup>e</sup> ; de aangestelde de 15<sup>e</sup> plaats).

<sup>765</sup> R.v.St. nr. 41.076, THOMAS, 18 november 1992.

<sup>766</sup> R.v.St. nr. 58.539, FRUMER, 11 maart 1996.

aanstelling wordt manifest onwettig bevonden - er was geen formele motivering - maar er wordt geoordeeld dat de overheid er niet toe verplicht was verzoeker te benoemen, die slechts de tiende was geklasseerd ; hij was nochtans blijkbaar de enige die naar de Raad van State was getrokken en hij had voorrang op de aangestelde partij <sup>(767)</sup>. Een rangschikking impliceert toch prioriteiten <sup>(768)</sup> ? De vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing om de verzoekende partij niet voor de betrekking aan te wijzen wordt echter afgewezen <sup>(769)</sup>. In het arrest VAN DRIESSCHE <sup>(770)</sup> overweegt de Raad dat er nog drie andere kandidaten zijn en dat, nu verzoekster toegeeft geen prioriteit te bezitten op een aanwijzing, zij niet de enige was, gerechtigd op de aanstelling in geschil zodat de impliciete weigeringsbeslissing als tweede voorwerp niet kan vernietigd worden.

Doch zoals het arrest GYSELS <sup>(771)</sup> en in nagenoeg dezelfde bewoordingen, het arrest MERLEVEDE <sup>(772)</sup> aantoon :

*"Plusieurs des candidats qui précèdent la requérante dans le classement n'ont pas obtenu de désignation, suivant l'administration, la désignation ne devait donc pas se porter sur la requérante. Mais, aucune indication n'est donnée ni quant au sort qui a été donné à la candidature de ces personnes ni si celles-ci ont introduit des recours en annulation contre la décision attaquée ou contre les décisions implicites de ne pas les désigner. Ces décisions doivent dès lors être considérées comme définitives à leur égard » <sup>(773)</sup>,*

---

<sup>767</sup> Blijkens het feitenrelaas heet het "au classement des candidats du premier groupe". Zie ook R.v.St. nr. 69.485, FRUMER, 6 november 1997.

<sup>768</sup> In het arrest ADAM nr. 94.691 van 11 april 2001 stelt de Raad van State vast dat er geen oproep tot de kandidaten is gebeurd, derhalve geen rangschikking werd opgemaakt zodat geen prioriteiten kunnen worden vastgesteld. Enkel de aanstelling maar niet de impliciete weigeringsbeslissing wordt vernietigd.

<sup>769</sup> Misschien was er een aspect van discretionaire bevoegdheid in het spel. Het kon echter in het arrest zelf niet afzonderd worden.

<sup>770</sup> R.v.St. nr. 75.788, VAN DRIESSCHE, 16 september 1998.

<sup>771</sup> R.v.St. nr. 63.972, GYSELS, 13 januari 1997.

<sup>772</sup> R.v.St. nr. 65.653, MERLEVEDE, 26 maart 1997.

<sup>773</sup> Dezelfde gedachte in R.v.st. nr. 121.384, JACQUES, 4 juli 2003.

komt het beslist niet als een veralgemeend gegeven voor dat de Franstalige rechtspraak de "deformatie-theorie" niet zou toepassen en heeft zij dezelfde perceptie van die theorie als de Nederlandstalige rechtspraak.

§ 4. Ook toegepast door de justitiële rechter ; maar als redenering niet gehanteerd door het Arbitragehof

228. Na een annulatiearrest dat ook de impliciete weigeringsbeslissing heeft vernietigd, is de verzoeker gerechtigd op schadeloosstelling voor de gedeerde inkomsten (<sup>774</sup>). De vraag rees of de burgerlijke rechter bij het toekennen van de schadevergoeding rekening zou houden met het feit dat de in de rangschikking voor de verzoeker geplaatsten, prioritaire aanspraken op vergoeding zouden kunnen laten gelden. Gebleken is dat de burgerlijke rechter de "deformatietheorie" ook aanvaardt, zie bijvoorbeeld het vonnis inzake DE ROUCK (<sup>775</sup>) :

"(...) nu niet blijkt dat andere gerangschikten de nietigverklaring (...) voor de Raad van State benaastigden, dienen deze geacht te worden met de aanstelling te hebben ingestemd en zelf te hebben afgezien van deze aanstelling" (<sup>776</sup>).

Het Arbitragehof ziet het (ten aanzien dan wel uiteraard van de wetgever) blijkbaar anders :

*"Les sacrifices que peut justifier la sauvegarde des intérêts du Trésor sont à repartir d'une manière qui ne soit pas discriminatoire. En réservant la possibilité de remboursement de la cotisation en cause à tous les contribuables ayant, selon les formes prescrites, contesté l'imposition dont ils étaient l'objet et à eux seuls, le législateur a défini de manière discriminatoire le champ d'application de la mesure qu'il prenait puisque, d'une part, le motif de la réclamation ou du recours peut être étranger à celui sur lequel l'arrêt nr. 74/95 précité est fondé et que, d'autre part, il ne peut être reproché*

---

<sup>774</sup> Zie omstandiger infra nrs. 291-292.

<sup>775</sup> R.v.St. nr. 19.232, DE ROUCK t/Belg. Staat, 31 oktober 1978.

<sup>776</sup> Rb. Gent, 20 juni 1986, onuitg.

*à un contribuable, confiant dans la validité des dispositions qui lui sont applicables, de s'incliner au lieu d'en contester la constitutionnalité" (777).*

## **§ 5. Onderzoek naar de mogelijkheid van toepassing van de deformatie-theorie bij discretionaire bevoegdheid**

229. De constructie van de "deformatie" kan naar onze mening ook worden toegepast bij discretionaire bevoegdheid van het overheidsbestuur waar een niet bindende rangschikking wordt opgemaakt en een bepaalde gegadigde als eerste wordt voorgesteld (778) of ingeval slechts twee kandidaten voorhanden zijn en de Raad van State de benoeming van één van beiden vernietigt. In dat laatste geval kan de verzoekende partij immers aanvoeren dat het bestreden benoemingsbesluit de impliciete weigeringsbeslissing inhoudt om de verzoekende partij de kwestieuze benoeming te geven aangezien zij en de benoemde kandidaat er de enige gegadigden voor waren. De overheid heeft haar wil te kennen gegeven om de betrekking te bezetten door benoeming. Zij kan alzo niet aanvoeren dat, ingeval de kandidaat wiens benoeming vernietigd is niet in aanmerking kan komen, zij na het annulatiearrest nog moet kunnen kiezen, gezien er rechtens nog maar één kandidaat is, te weten de verzoeker.

Er werd in dier voege in de gedingen voor de Raad van State dan ook de volgende stelling ontwikkeld. Geargumenteed werd door de verzoekende partijen dat welzeker bij discretionaire bevoegdheid de overheid kiest, maar dat, als zij eenmaal gekozen heeft, de beslissing om de andere(n) niet te kiezen definitief wordt na zestig dagen ; wat niet definitief wordt, is de beslissing om die kandidaat niet te kiezen die een

---

<sup>777</sup> Arbitragehof, nr. 131/99 van 7 december 1999 (BS 12 februari 2000, 4306-4307, overw. B.5.5.).

<sup>778</sup> Zo verwijst de Raad van State in het arrest nr. 55.430, TYTGAT van 27 september 1995 naar die stelling van verzoeker die aanvoert dat gelet op het gezag van de door de selectiecommissie opgemaakte rangschikking de verwerende partij ertoe verplicht was verzoeker en niemand anders te benoemen.

annulatieberoep bij de Raad van State heeft ingesteld. De andere kandidaten worden in de uiteengezette stelling geacht hun rechtsaanspraken te hebben verzaakt zodat de overheid ze niet meer kan honoreren : zij kan de weigeringsbeslissing om hen te benoemen niet meer intrekken door één van hen gedurende het proces alsnog te benoemen en kan eventueel alleen nog de toewijzing aan diegene wiens benoeming aangevochten werd, intrekken. Juridisch kan de toewijzing van de benoeming of aanstelling in die redenering slechts worden gegeven aan de verzoekende partij omdat dit de enige is die haar rechtsaanspraken levend hield.

Bij het bestreden zijn van een impliciete weigeringsbeslissing vermag de overheid immers niet meer zonder beperking haar benoemingsbesluit intrekken om de benoeming aan de best gerangschikte van de inactief gebleven kandidaten te geven. De intrekking zou immers enkel kunnen geschieden binnen de grenzen van de uitvoering van het annulatiearrest of op grond van het door de verzoeker aangevoerde rechtmatigheidsbezwaar, met name dat zijn voorrang op de benoemde niet werd geëerbiedigd. De overheid kan dus tijdens het geding enkel een rechtsherstellende maatregel ten voordele van de verzoekende partij nemen. In dit verband zij verwezen naar de omstandigheid dat de Raad van State de rechtsaanspraken van de benoemde in de mate van het mogelijke, dat wil zeggen niet mèèr dan het belang van de verzoekende partij vraagt, poogt te handhaven door "gemoduleerde vernietigingen" uit te spreken (<sup>779</sup>).

230. De hiervoren uiteengezette stelling dat ook bij discretionaire bevoegdheid de „deformatie-theorie" zou kunnen worden toegepast, werd ettelijke jaren lang niet door de Raad van State gevolgd. De argumenten die de rechtspraak daartoe aangeeft, zijn :

---

<sup>779</sup> Term uit het arrest nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980. Voor gevallen van "gemoduleerde vernietigingen", zie randnrs. 124-131.

1° het belang van het bestuur prevaleert op dat van de kandidaten

2° de vergelijking van titels en verdiensten is niet uitsluitend voorgeschreven in het belang van de kandidaten.

Deze twee aspecten worden hierna besproken.

## § 6. Het belang van het bestuur

231. Dat het belang van het bestuur prevaleert brengt de Raad van State ertoe rekening te houden met het feit dat de overheid na de vernietiging nog een andere kandidaat geschikt kan bevinden of een benoeming kan weigeren. De administratieve rechter antwoordt op het argument van de verzoekende partij dat hij de enige medekandidaat is die een annulatieberoep heeft ingesteld tegen de onwettig bevonden benoeming en de Raad van State dus geen rekening moet houden met de vervallen aanspraken van de andere medekandidaten, dat hij die redenering niet kan volgen wegens het belang van het bestuur. Het bestuur kan er niet toe verplicht worden de enige kandidaat die zijn aanspraken heeft laten gelden, te benoemen <sup>(780)</sup>.

Het belang van het bestuur prevaleert derhalve in die rechtspraak op het belang van de kandidaten. De administratieve rechter stelt dat het vrije keuzerecht ten aanzien van aanstellingen in het belang van het bestuur is ingesteld, omdat de goede werking ervan wordt gediend door de aanstelling van de meest geschikte kandidaat <sup>(781)</sup> en dat dit belang bijgevolg het persoonlijk belang van de kandidaten overstijgt <sup>(782)</sup>.

---

<sup>780</sup> R.v.St. nr. 35.697, DE RIDDER, 18 oktober 1990.

<sup>781</sup> R.v.St. nr. 53.214, VLAMYNCK, 10 mei 1995 ; R.v.St. DE RIDDER voormeld, overw. 2.3.3.4.

<sup>782</sup> Voor rechtspraak die het belang van de dienst afweegt tegen het belang van de ambtenaar, zie R.v.St. nr. 82.790, CHEVALIER, 8 oktober 1999 : "(...)Overeenkomstig hetgeen hij reeds in zijn arrest nr. 39.416, OUSHOORN, van 19 mei 1992 overwogen heeft, is de Raad van oordeel dat de ambtenaar er in rechte aanspraak op kan maken dat hem zonder deugdelijk motief geen werkvoorwaarden worden opgelegd die hij als ongunstig ervaart; dat wel moet worden aangenomen dat de overheid in de desbetreffende materie over een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, zodat de door haar opgegeven motieven, als ze feitelijk juist en rechtens dienend zijn, niet

**§ 7. De vergelijking van titels en verdiensten is niet uitsluitend voorgeschreven in het belang van de kandidaten**

232. Tegenover het argument dat de vergelijking van titels en verdiensten niet alleen in het belang van de kandidaten geschiedt, kan worden gesteld dat op het ogenblik van diens beroep bij de Raad van State, het de kandidaat is die zijn individueel belang laat gelden. Moet dat individueel belang op dat moment nog worden geacht ondergeschikt te zijn aan het algemeen belang ?

We trekken hier de parallel met de motievencontrole. De vergelijking van titels en verdiensten dient twee belangen : dat van de kandidaten en dat van de overheid. De Raad van State oordeelt, zoals gezien bij het onderzoek naar de betekenis van discretionaire bevoegdheid, bij die vergelijking, dat het belang van de overheid - dat van openbare orde is - niet boven het belang gaat van de kandidaat, die voor de individuele gelijkheid opkomt.

Maar de twee redeneringen zijn niet volledig vergelijkbaar omdat ze met een verschillende finaliteit worden gebruikt : in de redenering die de Raad van State hanteert bij de "deformatie-theorie" wordt onderzocht welke rechtsplicht op de overheid rust na het geding en welk belang op dat ogenblik prevaleert ; in de redenering in verband met de individuele gelijkheid bij de vergelijking van titels en verdiensten wordt daarentegen onderzocht welk belang bij het onderzoek van dat middel moet prevaleren.

---

*licht zullen moeten wijken voor de bezwaren die de ambtenaar vanuit zijn persoonlijk belang doet gelden; dat echter wel moet blijken dat de overheid het dienstbelang dat zij nastreeft terdege heeft afgewogen tegen het belang van de ambtenaar; dat overigens ook het dienstbelang er baat bij heeft dat met het belang van de ambtenaar niet lichtvaardig wordt omgesprongen; dat, immers, het voldoen aan de persoonlijke belangen van de personeelsleden bevorderlijk kan zijn voor de dienst en dus zelf een dienstbelang is, gedachte die de Raad van State onder meer heeft geuit in zijn arresten nr. 13.122, LENAERTS, van 25 juli 1968, nr. 16.845, MISSAULT, van 4 februari 1975, en nr. 21.262, VANDEROYE, van 16 juni 1981 (in 4.2.); (...)".*

233. Ten aanzien van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing beschouwt de Raad van State dus dit samenbestaan van algemeen en individueel belang - maar met de primauteit voor het algemeen belang -, als de reden waarom het enkele feit dat de andere kandidaten hun persoonlijk belang niet met een annulatieberoep hebben laten gelden, het bestuur er niet toe kan verplichten de enige kandidaat die dat wel deed te benoemen. Derhalve kan de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing niet worden toegewezen. Zodanige vernietiging is maar zinvol indien de Raad van State formeel kan vaststellen dat de overheid ter uitvoering van het arrest ten aanzien van de verzoekende partij een beslissing moet nemen.

Ingeval een geding uiteindelijk draait rond slechts twee kandidaten waaronder één die op het ogenblik van de overheidskeuze juridisch had moeten worden benoemd, dan nog verwijst de Raad van State naar het samen bestaan van bovenvermelde belangen. Uit het feit dat het vergelijkend onderzoek van de kandidaten ook in het belang van het bestuur is voorgeschreven, volgt dat het bestuur er niet toe kan worden verplicht de enige kandidaat die een annulatieberoep heeft ingesteld en gewonnen, de omstreden aanstelling te geven. De toepassing van de „deformatie-theorie“ zou alleen opgaan als de vergelijking van titels en verdiensten uitsluitend zou zijn voorgeschreven in het belang van de gegadigden. Alzo kan de Raad van State de impliciete weigering om de enige andere kandidaat de bestreden benoeming te geven, ook niet uitspreken als die enige andere kandidaat duidelijk de meest geschikte was voor het in geschil staand ambt. Te herhalen valt in dit verband dat hierachter de redenering schuilt dat het feit dat de andere kandidaten hun persoonlijk belang niet met een annulatieberoep hebben laten gelden, de tot benoemen bevoegde overheid ertoe niet kan verplichten de verzoekende partij de gegeerde betrekking te geven omdat de overheid van oordeel kan zijn dat de enige voorgedragen kandidaat niet geschikt is <sup>(783)</sup>.

---

<sup>783</sup> R.v.St. nr. 67.125, DIELS, 27 juni 1997.



234. De redenering van de twee belangen - belang van het bestuur en belang van de kandidaten - gaat niet altijd op en kan bijvoorbeeld niet zonder meer worden doorgetrokken in verband met de oproep tot de kandidaten. Die is meestal zowel in het belang van het bestuur als in dat van de kandidaten voorgeschreven, maar hij kan dat ook enkel zijn in het belang van de kandidaten.

Dit is het geval indien de overheid geen keuzevrijheid zal hebben bij de latere benoeming van kandidaten die gevolg hebben gegeven aan de oproep. Daardoor is de volgende redenering uit het arrest CROONENBORGHES <sup>(784)</sup> niet contradictorisch met het belang van het bestuur dat de Raad van State ervan weerhoudt om bij discretionaire bevoegdheid de deformatie-theorie toe te passen. In het voormelde arrest wordt overwogen dat het doen van een oproep tot de kandidaten voor benoeming niet is voorgeschreven in het belang van het bestuur, om met name dat bestuur over een zo ruim mogelijke keuze van kandidaten te laten beschikken, wanneer het statuut geen mogelijkheid geeft aan het bestuur om meest geschikte kandidaat te benoemen, maar dat bestuur verplicht die kandidaat te benoemen welke aan een aantal voorwaarden voldoet ; de oproep is alsdan voorgeschreven in het belang van de kandidaten, ter vrijwaring van hun gelijke behandeling.

In dat geval kan er dus wel "deformatie" zijn door het proces voor de Raad van State. Een onwettige oproep schaadt alsdan geen belangen van het bestuur, maar uitsluitend de belangen van de mogelijke kandidaten die door de onwettigheid van de oproep er niet toe gekomen zijn te solliciteren. Die mogelijke kandidaten kunnen voor hun geschonden belangen opkomen door bij de Raad van State de vacantverklaring van de omstreden betrekking en de erop volgende toelating tot de stage te bestrijden. Indien zij dit niet doen, mogen zij worden geacht in het niet eerbiedigen van hun aanspraken te hebben berust <sup>(785)</sup>.

---

<sup>784</sup> R.v.St. nr. 31.161, CROONENBORGHES, 25 oktober 1988.

<sup>785</sup> R.v.St. nr. 30.504, LEMMENS, 28 juni 1988.

§ 8. De deformatie-theorie kan niet worden toegepast indien er geen oproep was en dus niet geweten is wie er kan hebben berust in zijn rechtsaanspraken

235. Omdat de „deformatie-theorie“ uitgaat van het standpunt dat de andere kandidaten niet langer in aanmerking komen, moet met het oog op de toepassing ervan, zijn geweten wie die andere kandidaten zijn : zonder oproep kan niet worden vastgesteld met wiens rechtsaanspraken rekening moet worden gehouden. In de zaak CARDON bijvoorbeeld voerde de verzoeker aan dat hij grotere aanspraken had daar hij laureaat was van het examen en de aangestelde niet zodat de overheid verplicht was hem aan te stellen. De Raad van State antwoordde hierop dat nu er geen oproep was geweest, het uitgangspunt van verzoekende partij, met name dat er slechts twee kandidaten waren, onbewezen was (<sup>786</sup>).

---

<sup>786</sup> R.v.St. nr. 37.310, CARDON, 25 juni 1991.

## HOOFDSTUK 6. OP WEG NAAR NIEUWE OPVATTINGEN IN DE RECHTSPRAAK OVER DE Vernietigbaarheid TEN AANZIEN VAN DE IMPLICIETE WEIGERINGSBESLISSING BIJ DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID.

236. Gedurende jaren brachten verzoekende partijen voor de Raad van State, naast het zopas besproken argument van de „deforming” door het proces, argumenten aan die zochten aan te tonen dat op een gegeven ogenblik moest vaststaan dat de overheid zich in een fuik had ingewerkt (<sup>787</sup>) waardoor zij ertoe kon worden verplicht in een welbepaalde zin te handelen. De replieken van de Raad van State op de onderscheiden aangevoerde annulatiemiddelen worden hieronder summier opgesomd ; het zijn opvattingen die verband houden met de rechtsmiddelen die in het geding werden gebracht (<sup>788</sup>).

### *AFDELING 1. De band met de aangevoerde annulatiemiddelen*

§ 1. Zolang de overheid nog een andere kandidaat geschikt kan bevinden of aan de verzoeker de benoeming kan weigeren

237. De Raad van State antwoordt aan de verzoekende partij die aanvoert dat zij de beste onder de kandidaten was en dus had moeten worden benoemd, dat zij zou moeten aantonen dat de overheid niet anders kon dan haar de meest geschikte kandidaat bevinden en dat de anderen ongeschikt of minder geschikt waren. Eventueel zal de Raad van State vaststellen dat de redelijkheid zoek is indien de titels en verdiensten van de benoemde ten

---

<sup>787</sup> De uitdrukking is van J. LUST (“De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen voor de Raad van State”, o.c., 137, nr. 54, in fine).

<sup>788</sup> Enige ervan lopen parallel met de redenen waarom de Raad van State bij discretionaire bevoegdheid geen rechtsplicht tot benoemen kan vaststellen.

opzichte van de verzoekende partij te ver uit mekaar liggen in het voordeel van de laatste doch ook in dat geval wordt enkel de benoeming vernietigd en niet de impliciete weigeringsbeslissing (<sup>789</sup>).

238. Ingeval een verzoekende partij erkent dat de overheid haar rechtens de geambieerde benoeming kon weigeren ofschoon zij alle benoemingsvoorwaarden vervulde daar de overheid haar op gemotiveerde wijze afwees (<sup>790</sup>), is het beroep tegen de impliciete weigering haar de bestreden benoeming en de eraan verbonden aanstelling te geven niet ontvankelijk bij gebrek aan belang (<sup>791</sup>).

## § 2. De grootste anciënniteit is niet determinerend bij discretionaire bevoegdheid

239. Het aanvoeren door een verzoeker dat hij de grootste anciënniteit bezit, is onvoldoende om tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te besluiten. Geen verplicht te volgen klassement, kenmerk van discretionaire bevoegdheid, impliceert afwezigheid van prioriteit met als gevolg dat ook de kandidaat met de grootste anciënniteit geen recht op benoeming kan laten gelden (<sup>792</sup>).

## § 3. Slechts twee kandidaten

240. De Raad van State erkent dat in de benoemingsbeslissing ook de beslissing besloten is om de andere gegadigde(n) niet te benoemen, maar de uitdrukkelijke

---

<sup>789</sup> Zie "de band met een annulatiearrest", randnr. 242.

<sup>790</sup> R.v.St. nr. 58.293, NICKMANS, 21 februari 1996.

<sup>791</sup> R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER, R.v.St. nr. 28.975, VERFAILLIE, beide van 8 december 1987. Zie ook R.v.St. nr. 31.637, VAN PASSEN, van 20 december 1988 dat daarbij stelt dat buiten de verzoekende en de tussenkomende partij nog andere kandidaten geschikt voor benoeming waren bevonden (overw. 4.2.).

<sup>792</sup> R.v.St. nr. 57.937, LAMBERT, 31 januari 1996.

toewijzing van een vordering gericht tegen een impliciete weigering te benoemen kan de Raad zonder rechtsplicht van de overheid niet inwilligen ; die visie geldt ook indien er slechts twee kandidaten waren en de benoeming van één van hen onregelmatig is, omdat de benoemende overheid vrij de feitelijke geschiktheid van de kandidaten moet kunnen blijven beoordelen (<sup>793</sup>). De overheid kan redenen hebben om ook de andere kandidaat niet te benoemen, nu de rechtsplicht om een bepaalde kandidaat te benoemen enkel bestaat indien een regel van positief recht elke discretionaire bevoegdheid van het bestuur uitsluit (<sup>794</sup>).

In het schorsingsarrest CHAU geeft de Raad van State op het argument van verzoeker dat erin bestaat dat indien er slechts twee kandidaten benoembaar zijn, het niet rechtsgeldig bevinden van de ene aanstelling, normaliter de rechtsplicht impliceert de andere kandidaat te benoemen, als antwoord zelfs dat normaliter het tegenovergestelde waar is (<sup>795</sup>) ! Het feit, aldus de Raad, dat de benoeming van de ene kandidaat niet rechtsgeldig is, laat de vraag open of de andere kandidaat wel wettelijk benoembaar is en of, in geval van discretionaire bevoegdheid, de overheid geen opportuniteitsredenen kan hebben om verzoeker, ofschoon hij alle wettelijke benoemingsvereisten vervult, toch niet te benoemen.

In de zaak BRADT waren twee kandidaten voorgedragen na een vergelijkend examen ; omwille hiervan voert de verzoeker aan dat, nu de benoemde niet voldeed aan de voorwaarden inzake leeftijd om benoemd te worden, de benoemende overheid de verplichting had verzoeker als volgende gerangschikte te benoemen. De Raad is van oordeel dat op grond van de regelgeving, de benoeming naar keuze geschiedt uit twee voorgedragen kandidaten zodat opnieuw twee kandidaten zouden moeten voorgedragen worden, eventueel, zo voegt de Raad eraan

---

<sup>793</sup> R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 ; zie M. BOES "Het redelijkheidsbeginsel", o.c., 97.

<sup>794</sup> R.v.St. nr. 67.113, JESPERS, 27 juni 1997.

<sup>795</sup> R.v.St. nr. 57.548, CHAU, 17 januari 1996.

toe, na een nieuwe oproep tot de kandidaten en een nieuw bekwaamheidsexamen (<sup>796</sup>).

#### § 4. Indien de benoemende overheid om een nieuwe voordracht kan vragen

241. Indien de overheid aan het voordragend orgaan in rechte kan vragen een kandidaat die geen voldoende waarborgen blijkt te zullen geven, op de voordrachtlijst te vervangen, beschikt de overheid ook over de discretionaire bevoegdheid om een voorgedragen kandidaat om redenen haar eigen, niet te benoemen.

Dat de overheid dit kan doen, blijkt wel bijzonder scherp uit het arrest UYTTERHOEVEN (<sup>797</sup>). Verzoeker werd vijfmaal door het adviserend orgaan voorgedragen, hetzij voor aanstelling, hetzij voor benoeming en telkens werd een andere kandidaat benoemd zonder dat de redenen bekend waren waarom van de voordracht werd afgeweken, waartegen door verzoeker annulatieberoepen werden ingediend voor de Raad van State. Doch doordat enerzijds drie bestreden beslissingen werden ingetrokken, anderzijds verzoeker vervroegd met pensioen ging, verviel in alle zaken zijn belang voor de Raad van State (<sup>798</sup>). De rechter oordeelt dat derhalve niet had kunnen worden vastgesteld of de overheid een onwettigheid had begaan door telkens een ander dan verzoeker te benoemen. De Raad heeft verzoeker, daar hij een hoger ambt had waargenomen, een vergoeding voor buitengewone materiële schade toegekend (<sup>799</sup>).

---

<sup>796</sup> R.v.St. nr. 35.007, BRADT, 22 mei 1990.

<sup>797</sup> R.v.St. nr. 39.133, UYTTERHOEVEN, 31 maart 1992.

<sup>798</sup> R.v.St. nr. 24.310, UYTTERHOEVEN, 8 mei 1984 ; R.v.St. nrs. 33.023-33.025, UYTTERHOEVEN, alle van 19 september 1989. Zie voetnoot 862 over het behoud van het belang bij pensionering.

<sup>799</sup> Zie bijvoorbeeld W. ONDERDONCK, "Buitengewone schade veroorzaakt door de administratieve overheid", in *Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, losbl. ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming*, o.c., 384-395, nrs. 762-779 ; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, o.c., 141-149, nrs. 368-393 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, o.c., 936-946, nrs. 912-921. L.P. SUETENS was van oordeel dat de opvatting van het

Dat de overheid het soms niet te nauw neemt met voordrachten blijkt uit de overweging van de Raad van State dat, gelet op de geldende gang van zaken bij bevorderingen in overheidsdienst, het personeel van de dienst het dan ook niet als een blaam voor verzoeker zal hebben ervaren dat hij na meermaals te zijn voorgesteld voor benoeming, toch niet werd benoemd, te meer daar hij toch met de feitelijke uitoefening van de functie belast bleef.

De vernietiging van de benoeming van een voorgedragen kandidaat heeft dus niet tot gevolg dat de overheid de rechtsplicht heeft om de andere voorgedragen kandidaat te benoemen, maar wel dat desgevallend de voordragende overheid een nieuwe voordracht van twee kandidaten aan de benoemende overheid zal moeten bezorgen <sup>(800)</sup>.

## § 5. Zichtbaar grotere aanspraken, nog niet jurisprudentieel vastgelegd

242. Ook indien de administratieve rechter vaststelt dat de verzoekende partij zichtbaar grotere aanspraken bezit, heeft hij niet vastgesteld dat zij in het algemeen genomen over de grootste aanspraken beschikt. Bovendien, zegt de Raad van State, is de overheid niet verplicht de eerst gerangschikte te benoemen, zij mag besluiten de benoemingsprocedure over te doen.

De Raad blijft bij kennelijk grotere verdiensten van de verzoekende partij stellen dat er discretionaire bevoegdheid

---

vergoedingscontentieux afhankelijk is van de evolutie van de burgerlijke rechter op het vlak van de foutloze aansprakelijkheid ("Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura", in *Liber amicorum Jan Ronse*, Gent, 1986, 438 nr. 93 (in het Gedenkboek *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Die Keure, 1997, 435-448)) ; A. VAN OEVELEN, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België*, preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 209 pp. ; A. VAN OEVELEN, „Het residuaire karakter van de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen over de eisen tot herstelvergoeding voor buitengewone schade" noot onder Cass. 28 november 1997, *R.W.*, 1998-99, 1416-1418 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 643-695.

<sup>800</sup> R.v.St. nr. 61.818, CHAU, 18 september 1996.

blijft bestaan <sup>(801)</sup>, al kan die sterk verengd zijn. Ter gelegenheid van het eerste geding dat voor de Raad van State wordt gevoerd, kan inderdaad de administratieve rechter niet dusdanig beslissen dat na het vernietigingsarrest, de verwerende partij nog enkel over een gebonden bevoegdheid beschikt <sup>(802)</sup>.

## § 6. Als eerste kandidaat worden voorgedragen

243. In het als eerste worden voorgedragen ziet de Raad van State geen grond voor een rechtsplicht <sup>(803)</sup>. De verzoekende partij hield in de voormelde zaak CHAU tevergeefs voor dat er nog slechts één kandidaat restte, maar de Raad van State heeft die redenering afgewezen. Verzoeker stelde dat de verwerende partij op geen enkel ogenblik in de benoemingsprocedure een beroep had gedaan op de haar geboden mogelijkheid om verzoeker op de lijst van voorgedragen kandidaten te vervangen - argument door de Raad van State eerder gehanteerd <sup>(804)</sup> - en leidde daaruit af dat de benoemende overheid van oordeel was dat, hetzij verzoeker, hetzij de tussenkomende partij moest worden benoemd, zodat er op dat ogenblik geen enkele reden meer bestond om aan de kandidatuur van verzoeker voorbij te gaan en de impliciete weigering om hem te bevorderen niet te vernietigen. De Raad van State <sup>(805)</sup> oordeelt dat de rechtsplicht tot benoemen niet volgde uit de omstandigheid dat de keuze van de overheid beperkt was tot twee kandidaten en dat

---

<sup>801</sup> Voor een voorbeeld waarin verzoeker aanvoert dat hij objectief en in alle redelijkheid de meeste aanspraken heeft en daaruit het belang kan putten om de impliciete weigeringsbeslissing aan te vechten, waarop de Raad van State antwoordt dat de overheid niet in een gebonden bevoegdheid handelt, zie R.v.St. nr. 70.619, GOESSENS, 12 januari 1998.

<sup>802</sup> R.v.St. nr. 72.314, CHAU, 10 maart 1998.

<sup>803</sup> R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, van 6 november 1996 waarin wordt geoordeeld dat het enkele feit dat de directieraad iemand als eerste kandidaat voordraagt, de benoemende overheid ertoe niet verplicht hem te benoemen.

<sup>804</sup> Zie paragraaf 4.

<sup>805</sup> R.v.St. nr. 61.818, CHAU, 18 september 1996.



de benoeming van één onder hen onregelmatig was, ook al had zij in de loop van de benoemingsprocedure niet om een andere voordracht verzocht omdat een kandidaat niet van voldoende waarborgen blijkt gaf.

244. In de zaak DEMUYNCK <sup>(806)</sup>, hanteerde de overheid het verweer erin bestaande dat niet het feit dat verzoeker unaniem door de lokale raad als best gerangschikte werd voorgedragen, moest leiden tot het hem toewijzen van de betrekking in geding en dat hij geenszins rechten op een aanstelling kon putten uit een voordracht als eerste. Dat er voor de beslissing hem desondanks niet aan te stellen deugdelijke motieven moeten aanwezig zijn, is iets waarvan door de verwerende partij niet eens werd gewaagd.

## § 7. Als enige kandidaat aan de benoemingsvoorwaarden voldoen

245. Het vervullen van de benoemingsvoorwaarden bij de verzoekende partij terwijl de aangestelde die niet vervult, volstaat voor de administratieve rechter evenmin om de impliciete weigeringsbeslissing vernietigbaar te achten, maar de reden waarom de gegadigde die als enige aan de voorwaarden beantwoordt, wordt afgewezen moet wel deugdelijk kunnen bevonden worden <sup>(807)</sup>.

Indien men als enige aan de voorwaarden voldoet, heeft de overheid o.i. nochtans principeel de plicht te benoemen. Die gedachte schuilt, getransponeerd dan op de toewijzing van een concessie, in het arrest B.V.B.A. 'T SCHIJF <sup>(808)</sup> waar de Raad van State oordeelt dat ingeval de verzoekende partij als enige een geldige offerte in een aanbestedingsprocedure zou hebben ingediend, de verwerende partij in beginsel de plicht zou hebben haar de concessie toe te kennen zonder een nieuwe

---

<sup>806</sup> R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997.

<sup>807</sup> R.v.St. nr. 35.025, VAN HERREWEGHE, 29 mei 1990.

<sup>808</sup> R.v.St. nr. 49.882, B.V.B.A. 'T SCHIJF, 25 oktober 1994.

aanbesteding te organiseren. Zonder, zo kan "vertaald" worden, een nieuwe benoemingsprocedure te organiseren.

### § 8. Indien er slechts één kandidaat is

246. Zelfs indien er slechts één kandidaat is, oordeelt de Raad van State dat hij de overheid het nemen van een positieve beslissing niet kan opleggen <sup>(809)</sup>. Immers, de tot benoemen bevoegde overheid kan van oordeel zijn dat de enige voorgedragen kandidaat niet geschikt is ; dat oordeel moet evenwel op deugdelijke motieven berusten <sup>(810)</sup>.

In de zaak TYTGAT <sup>(811)</sup> voerde de verzoekende partij aan dat, gelet op het gezag van het advies van de commissie, de verwerende partij ertoe verplicht was haar en niemand anders te benoemen. De verzoekende partij deed er verkeerdt aan in dat verband aan te voeren dat, was de verwerende partij niet gebonden door de rangschikking van de commissie, haar beoordelingsvrijheid de redelijkheid als grens had.

Daaruit blijkt het belang van de wijze van aanbrengen van annulatiemiddelen <sup>(812)</sup> : de rechter spitst zich enkel toe op het probleem van het redelijkheidsbeginsel en antwoordt hierop dat bij miskenning van dat beginsel, hij nooit vaststelt welke beslissing de overheid had moeten nemen. Dit beginsel kan er alleen bij te pas komen indien er een keuze kan worden gemaakt ; a contrario is het invoeren van het redelijkheidsbeginsel zinloos als de verzoekende partij staande houdt dat de overheid niet anders kon dan haar benoemen. Daardoor was het geding beslecht met enkel de repliek op dat middel.

---

<sup>809</sup> R.v.St. nr 67.125, DIELS van 27 juni 1997.

<sup>810</sup> R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996 ; R.v.St. nr 67.125, DIELS, 27 juni 1997.

<sup>811</sup> R.v.St. nr. 55.430, TYTGAT, 27 september 1995.

<sup>812</sup> Het is de verzoekende partij die in grote mate de lijnen van haar proces trekt, zie ook randnr. 345 en voetn. 1240.

***AFDELING 2. De band met een annulatiearrest : Als iemand door een annulatiearrest geacht wordt de meeste aanspraken te hebben***

247. Het is derhalve niet omdat de Raad van State niet de impliciete weigeringsbeslissing kan vernietigen of schorsen, dat uit de overwegingen van een arrest niet kan blijken dat een bepaalde kandidaat onmiskenbaar de meeste aanspraken op benoeming heeft. In de volgende paragrafen worden enige van die gevallen onderzocht. De Raad van State stelt in die zaken niet zijn eigen vergelijking in de plaats van die van het bestuur, maar hij kan wel vaststellen dat de vergelijking niet deugdelijk gebeurde omdat de aanspraken, ofwel niet onderzocht werden, ofwel niet is gebleken dat dit gebeurde (<sup>813</sup>), ofwel dat de overheid geen reden geeft voor het voorbijgaan aan duidelijk grotere aanspraken. Dat die grotere aanspraken er zijn, kan derhalve wel door de rechter in zijn overwegingen worden vastgesteld. Die grotere aanspraken kunnen volgens de rechtspraak niet anders dan „in redelijkheid grotere aanspraken zijn“, term die jurisprudentieel blijkbaar in navolging van het voormeld arrest BOSSUYT nog wel wordt gebruikt.

Maar de omstandigheden in de zaak BOSSUYT zijn die van manifest betere verdiensten van de geweerde kandidaat terwijl geen enkel motief wordt opgegeven om een andere kandidaat te kiezen en in die omstandigheden werd door de rechter geacht het redelijkheidsbeginsel geschonden te zijn : *“alleen bijzondere concrete gegevens kunnen de in redelijkheid grotere aanspraken weerspreken”* (<sup>814</sup>). Nog in 1990 is J. DE BRABANDERE geïnspireerd door het arrest BOSSUYT waar hij in zijn artikel schrijft dat ingeval alleen één of verscheidene rangschikkingen bestaan op grond van objectieve of als zodanig te beschouwen gegevens

---

<sup>813</sup> Bijvoorbeeld ingeval de overheid geen administratief dossier neerlegt, stijlformules gebruikt of de verdiensten van een bepaalde kandidaat bespreekt terwijl ze de hogere verdiensten van een andere kandidaat negeert.

<sup>814</sup> De rechtspraak BOSSUYT is bevestigd in o.m. R.v.St. nr. 19.983, WOUTERS, 18 december 1979 ; R.v.St. nr. 21.213, DE VOCHT, 5 juni 1981 ; R.v.St. nr. 24.668, DE SPAEY, 21 september 1984, overw. 5.2.

(<sup>815</sup>), de motieven van de benoeming niet expliciet moeten aan te wijzen zijn, maar dat een uitzondering moet worden gemaakt indien die benoeming voorbijgaat aan de in redelijkheid direct zichtbaar grotere aanspraken van de in beroep komende kandidaat, met andere woorden ingeval de benoeming "kennelijk" onredelijk is (<sup>816</sup>). Uit het arrest TIBAX zou kunnen worden afgeleid dat bij de vernietiging van een kennelijk onredelijk bevonden beslissing, de overheid de aanvraag (tot benoemen) niet meer kan afwijzen en dat die vraag moet worden toegewezen (<sup>817</sup>).

Maar het zal meer voorkomen dat uit het door de rechter gedane onderzoek blijkt dat de verdiensten van een bepaalde kandidaat „gewoon” hoger liggen dan die van de benoemde gegadigde, zonder dat zij daarvoor manifest hoger kunnen gewaardeerd worden.

### § 1. De zaken Roggeman (<sup>818</sup>)

248. Op grond van de overweging dat verzoeker ROGGEMAN met zijn duidelijk grotere verdiensten, normalerwijze diegene had moeten zijn die werd benoemd, kon, zoals eerder besproken, de Raad van State toch niet tot de mogelijkheid brengen om de vordering van ROGGEMAN tot retroactieve benoeming toe te

---

<sup>815</sup> Op grond van anciënniteit, examenresultaat, diploma e.d.

<sup>816</sup> J. DE BRABANDERE, "Enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak van de Raad van State in verband met de rechten en plichten van het overheidspersoneel", *T. Gem.*, 1990, 266.

<sup>817</sup> Bij discretionaire bevoegdheid "kan de overheid, als ze opnieuw beslist en dat dan doet met inachtneming van wat het declaratief effect van het vernietigingsmotief haar oplegt, toch nog in wat zij discretionair beoordelen mag, een reden vinden om de aanvraag rechtmatig een tweede maal af te wijzen, behalve uiteraard indien het vernietigingsmotief precies het uit de vernietigde afwijzende beschikking blijkende discretionair oordeel kennelijk onredelijk en dus onrechtmatig heeft verklaard" (R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 3.2.).

<sup>818</sup> R.v.St. nr. 40.610, ROGGEMAN, 6 oktober 1992 ; D. MAREEN, "Het parallellisme tussen het arrest MAHY nr. 38.482 van 14 januari 1992 en het arrest ROGGEMAN nr. 40.610 van 6 oktober 1992. Van discretionaire naar gebonden bevoegdheid", *T.B.P.*, 1993, 264-265 ; R.v.St. nr. 42.779, ROGGEMAN, 4 mei 1993.

wijzen. Toch neigt de formulering in dat arrest naar datgene wat dit werk beoogt door de Raad van State vernietigd te zien in wat verderop <sup>(819)</sup> de "tweede fase" wordt genoemd in het bepleit „voorstel van oplossing“, met name de vernietiging van de weigering de verzoeker te benoemen in de mate dat geweigerd wordt zijn aanspraken wettig te onderzoeken :

*„ook indien zou blijken dat de Raad niet zover met verzoeker kan meegaan dat hij de bestreden beslissing vernietigt omdat de verwerende partij de rechtsplicht had verzoeker te benoemen, en dat de Raad die beslissing alleen maar kan vernietigen omdat niet bewezen is dat de verwerende partij aan verzoekers aanspraken, vergeleken met die van de tussenkommende partij, terdege aandacht heeft besteed (...)“* <sup>(820)</sup>.

De Raad van State oordeelt dat het feit, dat hij in zijn eerste annulatiearrest ROGGMAN <sup>(821)</sup> heeft overwogen dat de verwerende partij normalerwijze verplicht is om het uit de vernietiging blijkende onrecht tegenover verzoeker op de één of andere wijze goed te maken, niet hetzelfde is als stellen dat de verwerende partij in elk geval het begane onrecht goed moet maken. De Raad van State stelt dat hij zich evenmin uitspreekt over de vraag op welke precieze wijze dat moet gebeuren. De administratieve rechter blijft echter van oordeel dat het niet verboden is, na de vernietiging van de bestreden benoemingen, met inachtneming van de motieven van het arrest, met terugwerkende kracht nieuwe beslissingen te nemen die in het voordeel van de verzoekende partij kunnen uitvallen <sup>(822)</sup>.

---

<sup>819</sup> Randnr.

<sup>820</sup> Zie het „Overzicht van de vorderingen om tot het jurisprudentieel vastleggen van de verplichting te benoemen te komen“, randnr. 395 ; zie ook R.v.St. nr. 38.482, MAHY, 14 januari 1992.

<sup>821</sup> R.v.St. nr. 40.610, ROGGMAN, 6 oktober 1992.

<sup>822</sup> Zelfde redenering in de zaak R.v.St. nr. 72.322, BARDIJN van 10 maart 1998. De Raad van State stelt dat wanneer hij de vernietiging zou weigeren wegens gebrek aan belang, hij zich het oordeel zou aanmatigen dat verwerende partij op geen enkele manier het begane onrecht goed moet maken, ofwel dat zij het begane goed kan maken op een wijze die buiten de gevolgen veroorzaakt door een vernietigingsarrest staat. De Raad van State kan enkel vaststellen dat verzoekende partij in weerwil van haar pensionering terecht „rechtsherstel noodzakelijk acht“ en even terecht daarvoor „een bevordering met terugwerkende kracht“ mogelijk acht. Ook hier wordt gepreciseerd dat verzoeksters belang niet vergt dat van de tussenkommende partij de wedde- en

De administratieve rechter preciseert dat bijzondere wettige redenen het overdoen van de vernietigde benoemingen in de weg kunnen staan maar dat in beginsel niets zich tegen dat overdoen verzet.

Een wettige "bijzondere reden" zou niet kunnen zijn dat ondertussen in een van de betrokken ambten een ander persoon is benoemd.

Die reden zou al evenmin kunnen zijn dat de titularis van het andere betrokken ambt is overgegaan naar een andere rechtspersoon en dat nu nog maar één ambt waarin verzoeker had kunnen benoemd worden bestaat. Al die gegevens kunnen voor een retroactieve benoeming van verzoeker geen beletsel zijn alleen reeds omdat, nu verzoeker gepensioneerd is, zijn benoeming fictief zou zijn, maar desalniettemin verantwoord als een van de wijzen om het tegenover hem begane onrecht goed te maken.

249. Verzoeker ROGEMAN die had vastgesteld dat hij de enige kandidaat was die rechtens voor benoeming in aanmerking kwam, poogde via een tweede geding bij de Raad van State alsnog benoemd te worden onder verbeurte van een dwangsom <sup>(823)</sup>. Uiteraard kon deze vordering niet worden ingewilligd. De Raad van State zou dat zijns inziens alleen dan kunnen ingeval de verwerende partij hoe dan ook verplicht zou kunnen worden geacht om, teneinde het tegenover verzoeker begane onrecht goed te maken, die te benoemen ; een dergelijke onvoorwaardelijke verplichting was niet aanwezig, aldus de Raad van State <sup>(824)</sup>.

Bij discretionaire bevoegdheid kan de zelfs enige kandidaat die de vernietiging van de aanwijzing van diens concurrent

---

pensioenbedragen teruggevorderd worden die deze op grond van de benoeming ontvangen heeft voordat de benoeming vernietigd werd. Voor de in dezelfde context gedane vermelding van de aanspraken op pensioen die de tussenkomen de partij aan de vernietigde benoeming ontleent, zie R.v.St. nr. 25.573, DEWAELE, 5 juli 1985 ; zie ook voetrn. 862.

<sup>823</sup> Voor een omstandiger behandeling van de dwangsom, zie randnrs. 323 e.v.

<sup>824</sup> R.v.St. nr. 42.779, ROGEMAN, 4 mei 1993.

verkrijgt op de grondslag dat zijn of haar aanspraken kennelijk beter waren, uit het arrest derhalve niet de verplichting halen voor de overheid om hem of haar te benoemen. De Raad van State is zover mogelijk gegaan door in de overwegingen aan te geven wat de overheid vermocht te doen. Alleszins blijkt uit het tweede arrest ROGEMAN dat zowel de provinciegouverneur als de directeur-generaal bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken niet ingegaan zijn op wat de Raad van State heeft overwogen terzake de uitvoering van het eerdere annulatiearrest omdat ze struikelden over een bevoegdheidsprobleem. De directeur-generaal wijst op het feit dat er geen verplichting is om na een vernietiging opnieuw te benoemen met terugwerkende kracht maar dat de tot benoemen bevoegde overheid kan beslissen om een nieuwe procedure te starten vanaf de stap waar ze in de onregelmatigheid is gegaan, met name vanaf de voordrachten.

## § 2. De zaken Macken : van discretionaire naar gebonden bevoegdheid door het tot stand gekomen zijn van een proces <sup>(825)</sup>

250. Dat de ontstentenis moet worden vastgesteld van de verplichting om na het arrest met terugwerkende kracht te benoemen na een eerste annulatiearrest, daarmee kan akkoord gegaan worden. Maar die vaststelling kan niet meer op dezelfde wijze geschieden bij een tweede geding, ingeval de overheid opnieuw de grotere aanspraken zonder meer naast zich heeft gelegd. Er kan worden aangenomen dat de discretionaire bevoegdheid die de overheid initieel bezat, na een dergelijk arrest moet worden geacht te zijn veranderd in een gebonden bevoegdheid ten aanzien van een welbepaald punt <sup>(826)</sup>. Bij

---

<sup>825</sup> R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990 (schorsingsarrest), R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 (vernietigingsarrest) ; R.v.St. nr. 37.188, MACKEN, 11 juni 1991 (schorsingsarrest) ; R.v.St. nr. 38.243, MACKEN, 3 december 1991 (behandeling ten gronde ; verwerping).

<sup>826</sup> Een van de schaarse voorbeelden uit de rechtspraak die deze redenering huldigt is de zaak COX met betrekking tot de beslissing om een A-atteest te verlenen wat een discretionaire overheidshandeling is. In deze zaak COX heeft de Raad van State geoordeeld "dat het voor verzoekende partij zinvol was de schorsing van de weigering haar een A-atteest te verlenen, te verkrijgen op grond van het oordeel dat binnen de perken van de bewijsmogelijkheden die de verwerende partij getrokken heeft, niet bewezen is en niet meer bewezen kan worden dat verzoekster terecht dat atteste is

discretionaire bevoegdheid neemt de Raad van State aan dat altijd een deel van de beslissingsbevoegdheid, het zogenaamde opportuniteitsaspect, buiten zijn toetsingsrecht blijft. Maar de omstandigheden kunnen dusdanig zijn dat van die bestuurlijke beslissingsvrijheid omzeggens niets meer is overgebleven, precies door toedoen van de overheid zelf. Werd door de overheid een betrekking als toewijsbaar aangemerkt, zijn er slechts twee kandidaten en werd de manifest betere opzij gezet, dan heeft de overheid erkend dat :

1° benoeming in of toewijzing van die functie een noodzaak was <sup>(827)</sup>

2° blijkbaar andere redenen dan het dienstbelang hebben meegespeeld.

251. Slaagt de overheid er niet in te bewijzen waarom de teleurgestelde objectief kennelijk waardevoller kandidaat niet wordt benoemd of aangesteld, dan kan de weigering die gegadigde niet te kiezen in die omstandigheden - noodzaak tot het begeven van de functie en slechts twee kandidaten waaronder één kandidatuur duidelijk en voor de hand liggend beter, vastgesteld in een arrest - onregelmatig worden geacht. De Raad van State kan alleen op grond van de motievencontrole tot dit besluit komen. In dergelijk geval is er schending van het beginsel van de gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen omdat elkeen te zijner tijd recht heeft op een normaal carrièreverloop indien geen geldige redenen dat verloop in de weg staan. Was de beslissingsbevoegdheid initieel

---

*ontzegd zodat haar dat attest moet worden uitgereikt"* (R.v.St. nr. 64.382, COX, 5 februari 1997, C.D.P.K. 1997, 473). Uitsluitend op grond van de overwegingen van het arrest, heeft de verzoekende partij toch haar A-attest verworven, wat werd vastgesteld in het arrest nr. 68.491, COX van 30 september 1997. Wel zijn aan dit arrest voorafgegaan, de schorsing van de weigeringsbeslissing tot samenroeping van de delibererende klasseraad (R.v.St. nr. 58.457, COX, 6 maart 1996) en de heropening van de debatten met het bepalen van een zittingsdatum waarop de kamer, in aanwezigheid van het auditoraat en de partijen, de videofilm van de eindwerken van haar klas waarover verzoekster beschikte, zou bekijken teneinde zich een oordeel te vormen over de deugdelijkheid van de film als bewijsmateriaal. Na het behalen van haar A-attest wendde Wendy COX zich tot de burgerlijke rechter met een aansprakelijkheidsvordering die door het Hof van Beroep ongegrond werd verklaard, zie de noot van B. VERBEECK in A.J.T. 2001-2002, 582-587.

<sup>827</sup> R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977.



discretionair, dan kan worden geacht dat zij na een annulatiearrest, dusdanig statuerend, gebonden wordt ook al verschaft de rechtsregel op zich keuzebevoegdheid (<sup>828</sup>).

Het maken van een keuze tussen een kandidaat die volkomen voldoet en een andere kan, gelet op het doel dat de overheid moet nastreven, niet meer op dezelfde wijze geschieden na een eerste geding. Indien de keuze van de overheid ten onrechte op een bepaalde kandidaat was gevallen terwijl verzoekende partij veel meer geschikt was en is voor de te begeven betrekking, de enige was die een annulatieberoep had ingesteld en derhalve haar rechtsaanspraken werkzaam had gehouden, treedt de verzoekende partij na dit proces te voorschijn als diegene die retroactief de te verlenen benoeming moest toegewezen worden, zo werd door ons destijds geredeneerd (<sup>829</sup>). Immers, de benoemende overheid kan haar oordeel over de andere kandidaten - die minder geschikt zijn bevonden - nadien niet meer wijzigen.

252. Die redenering werd aangehouden in 1990 ter gelegenheid van de zaak MACKEN nr. 34.532. In die zaak had de verwerende partij - pas gedurende het geding overigens - als redenen voor de keuze van de benoemde kandidaat opgegeven, eensdeels, dat hij beter leiding zou kunnen geven dan de verzoeker (nochtans was de verzoeker ten eerste reeds 15 jaar de hoogste ambtenaar toen de benoemde in dienst trad, ten tweede 17 jaar ouder dan de benoemde en ten derde licentiaat en de benoemde niet) en, anderdeels, dat de verzoeker een lichte tuchtstraf had opgelopen : een informele vermaning 15 jaar voordien en een berisping een paar jaar voor de benoeming.

---

<sup>828</sup> Zie de bemerking terzake gemaakt onder randnr. 410 : Het is niet omdat het arrest ZOETE II (R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982) stelt dat de overheid geen discretionaire bevoegdheid meer overhoudt en tot het geven van volledige voldoening aan de verzoeker verplicht is dat de overheidsbevoegdheid gebonden is ; de overheid is alleen "gebonden" door de werking van het arrest, niet door de regelgevende tekst op grond waarvan zij haar bevoegdheid uitoefent.

<sup>829</sup> D. MAREEN, noot onder R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990, "Van discretionaire naar gebonden bevoegdheid", *T.B.P.*, 1990, 682-683. Alzo enige onder de "band met de aangevoerde annulatiemiddelen" voorkomende argumenten samenbrengend, zie randnrs. 237 e.v.

De Raad van State overweegt dat reeds -voorlopig- tot het besluit wordt gekomen dat verzoekers aanspraken in redelijkheid direct zichtbaar groter waren dan die van de tussenkomen- de partij en dat geen wettige reden was gebleken om aan die aanspraken voorbij te gaan <sup>(830)</sup> ; in de zaak ten gronde wordt geoordeeld dat noch de verwerende noch de tussenkomen- de partij sindsdien nieuwe gegevens hebben overgelegd die van aard zijn om de Raad van State op dat voorlopig besluit te doen terugkomen (...)” en wordt de bevorderingsbeslissing vernietigd

*„omdat de verwerende partij het bewijs niet heeft voorgelegd dat de aanspraken en verdiensten van de twee kandidaten werden onderzocht en vergeleken, meer bepaald dat de gemeenteraadsleden bij het nemen van de beslissing over voldoende informatie beschikten om zich een oordeel te vormen over de kandidaten <sup>(831)</sup>; vervolgens omdat de aanspraken van Willy MACKEN in redelijkheid direct zichtbaar groter waren dan die van de tussenkomen- de partij en dat geen wettige reden was gebleken om aan die aanspraken voorbij te gaan <sup>(832)</sup>”.*

De onder nr. 252 aangehaalde overheidsmotieven zijn redenen die vastliggen als de overheid ze eenmaal naar voren heeft gebracht. De duidelijk grotere aanspraken die de Raad van State ten gunste van de verzoekende partij vaststelt, vragen na het arrest even zwaarwegende argumenten om daaraan voorbij te gaan.

Die worden niet voorgelegd en in het arrest nr. 37.188 <sup>(833)</sup> wordt opnieuw de schorsing bevolen van dezelfde benoeming, nog steeds op dezelfde grondslag <sup>(834)</sup>.

---

<sup>830</sup> R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990.

<sup>831</sup> overw. sub 3.1.3.1. tot 3.1.3.3.

<sup>832</sup> overw. sub 3.2.2.

<sup>833</sup> R.v.St. nr. 37.188, MACKEN, 11 juni 1991.

<sup>834</sup> In de eerste drie gedingen werden de werkelijke redenen van de bestreden bevordering niet aan de Raad van State voorgelegd zodat de Raad van State dat gegeven tweemaal in schorsing en éénmaal in de fase ten gronde moest vaststellen : 1° R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990 (schorsingsarrest), 2° R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 (vernietigingsarrest) ; 3° R.v.St. nr. 37.188, MACKEN, 11 juni 1991 (schorsingsarrest) ; tijdens het geding ten gronde waarover werd gestatueerd in het arrest nr. 38.243, MACKEN, 3 december 1991 werden uiteindelijk die redenen naar voor gebracht wat tot de verwerping van de vordering heeft geleid.

Uiteindelijk worden die argumenten door de overheid toch aangebracht. Uit het arrest nr. 38.243 (<sup>835</sup>) blijkt het voorhanden zijn van deze nieuwe elementen : na het tweede schorsingsarrest had de verwerende partij dan toch ook de personeelsdossiers van beide partijen aan de Raad voorgelegd. Verzoeker erkent dat deze *"geacht moeten worden de grondslag te vormen voor de bestreden beslissing"*, maar stelt dat ze *"gelijk welk scenario toelaten, in functie van welke van de 647 stukken (...) op basis van een doelgerichte selectie, uit het geheel worden gelicht"*; de Raad van State moet vaststellen dat, de aan de Raad voorheen niet bekende gegevens van de personeelsdossiers in acht genomen, het middel niet (langer) gegrond is (<sup>836</sup>). Dit leidt tot volgende beschouwingen zowel ten aanzien van de verzoekende partij als van de overheid.

#### 1. OPENHEID VAN DE KANT VAN DE OVERHEID WAT DE WERKELIJKE MOTIEVEN VAN DE KEUZE VAN DE BENOEMDE KANDIDAAT BETREFT

253. Indien een proces wordt aangespannen is de - om allerhande redenen aanwezige - vrees van de overheid om de redenen kenbaar te maken waarom ze de verzoeker niet gekozen heeft, een ten onrechte gekoesterde vrees.

De verzoeker heeft door het aanspannen van het geding zichzelf blootgesteld aan de veruitwendiging van de motieven van zijn afwijzing. De overheid kan zich alsdan niet (blijven) verschuilen achter een reden die zij uit eerbied voor de verzoekende partij niet wil kenbaar maken. Ten laatste bij het

---

<sup>835</sup> R.v.St. nr. 38.243, MACKEN, 3 december 1991.

<sup>836</sup> Verzoeker had onder meer aangevoerd dat zijn aanspraken in het vorig arrest ten gronde en in het daaropvolgend schorsingsarrest in redelijkheid zichtbaar groter waren dan die van H. DE KEYSER, dat geen wettige reden was gebleken om aan die aanspraken voorbij te gaan en dat de bestreden beslissing niet steunt op nieuwe, wettige gegevens ter zake, waarop de Raad antwoordt dat hij in zijn arrest nr. 35.461 inderdaad heeft gesteld wat verzoeker erin leest maar dat die stelling echter niet mèer betekent dan dat de verwerende partij van "wettige redenen" blijkt moest geven om de tussenkomen partij te kunnen benoemen en bij de behandeling van het eerste middel is komen vast te staan dat het nieuw benoemingsbesluit van de gemeenteraad geacht moet worden op "wettige redenen" gebaseerd te zijn, zodat thans het beroep wordt verworpen.

overdoen van de benoeming moeten alle redenen naar boven zijn gekomen.

De omstandigheid dat die motieven in de hier besproken zaken MACKEN door de overheid niet bij de eerste benoeming kenbaar werden gemaakt en zelfs niet bij de tweede benoeming, was blijkbaar één van de redenen op grond waarvan de Raad van State in latere rechtspraak des te minder geneigd was onmiddellijk te statueren over de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen, laat staan over de impliciete weigeringsbeslissing om de titels en verdiensten te honoreren. De Raad van State was „geleerd“ door deze zaken MACKEN. Het komt ons voor dat die er hebben toe geleid dat in latere arresten al spoedig in de overwegingen aan de overheid duidelijk werd gemaakt dat ze bij een overdoen van de beslissing alle motieven die niet rechtsgeldig werden bevonden niet meer mocht gebruiken. Terzake is de rechtspraak van het arrest VAN POUCKE <sup>(837)</sup> zeer duidelijk waar wordt overwogen dat de overheid bij het nemen van de tweede beslissing, dus bij het overdoen van de vernietigde handeling, alle kaarten op tafel moet gooien. Het bestuur mag zichzelf niet willen sparen ; het bestuur mag al evenmin de betrokkene willen sparen als die zelf openbaring van de motieven toelaat.

## 2. DE OVERHEIDSVERPLICHTING OM ALLE REEDS BEOORDEELDE MOTIEVEN ACHTERWEGE TE LATEN

254. Dat in de vorige analyse weerhouden verbod werd de overheid ook in de volgende zaak aangezegd. De verplichting om alle ondeugdelijk bevonden motieven weg te laten bij een nieuwe beoordeling heeft de Raad van State vrij snel <sup>(838)</sup> in het arrest STERCKX <sup>(839)</sup> overwogen. Reeds in het eerste arrest heeft hij de overheid de verplichting opgelegd bij een nieuwe beslissing al haar motieven kenbaar te maken en zich niet meer

---

<sup>837</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

<sup>838</sup> In de loop van één en hetzelfde geding, weliswaar met een schorsings- en een vernietigingsfase.

<sup>839</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

te steunen op voordien aangegeven motieven. Die laatste had de Raad van State op hun rechtsgeldigheid getoetst, onrechtmatig bevonden en dus kon de overheid zich nog enkel rechtvaardigen door nieuwe motieven op te geven.

255. Het lijkt niet aanvaardbaar overheden toe te laten telkens drie of mèèr kansen (<sup>840</sup>), zoals in de zaken MACKEN (<sup>841</sup>), te gebruiken. Overheden deinzen daar niet immer voor terug. Een bestuur kan tot zesmaal toe dezelfde onwettige benoeming of aanstelling verrichten en de andere kandidaat weigeren te benoemen terwijl zij de in opeenvolgende arresten vastgestelde onwettigheid blijft herhalen. Ter illustratie. Na het schorsingsarrest nr. 67.860 (<sup>842</sup>) wordt het benoemingsbesluit van DEKAISE ingetrokken. *"In afwachting van de definitieve beslissing die in deze zaak zal worden genomen"*, vertrouwt de minister aan DEKAISE de betrekking in geschil

---

<sup>840</sup> Een voorbeeld van mèèr kansen : de arresten LAVENT getuigen van een overheid die op grond van onwettige motieven blijft beslissen terwijl die motieven soms ongeveer dezelfde zijn : "(...) dat niet mag worden verondersteld dat nadat verzoekers aanvraag tot vijfmaal toe, namelijk eenmaal in eerste aanleg en viermaal in beroep werd onderzocht, nog wezenlijke aspecten van de aanvraag aan de aandacht van de (...) overheden kunnen zijn ontsnapt ; dat indien verzoekers aanvraag dan toch aangepast moet worden bijvoorbeeld ingevolge de wijzigingen die sedert 1973 aan de reglementering werden aangebracht, het bestuur verzoeker daarin moet helpen i.p.v. hem af te wijzen ; dat het arrest nr. 32.698 die weg reeds heeft getoond ; dat de eerste verwerende partij het nodige dient te doen om de aanvraag, in overleg met (verzoeker) waar nodig, aan te vullen, te verbeteren, of te vervolledigen (...)" (R.v.St. nr. 53.993, LAVENT, 22 juni 1995). In dat arrest wordt nog overwogen "dat in strijd met onder meer 's Raads arrest nr. 42.085 er zelden of nooit interactie is geweest tussen verzoeker en deskundigen van de verwerende partij : zo werd geen uitvoering gegeven aan de door het arrest opgelegde verplichting om verzoeker bij wijze van rechtsherstel, te helpen bij het zo optimaal mogelijk samenstellen van zijn aanvraagdossier". Ook reeds in het vernietigingsarrest nr. 42.085, LAVENT, 25 februari 1993 verklaart de Raad "het middel gegrond volgens hetwelk het bestreden besluit het gezag van het gewijsde van het arrest nr. 38.802 van 20 februari 1992 miskent door op grond van een "meer dan kunstmatige redenering" geen gevolg te geven aan de uit het arrest voortvloeiende verplichting om de verzoekende partij te helpen bij het aanpassen van haar aanvraag en in overleg met haar na te gaan of met het opleggen van de gepaste exploitatievoorwaarden toch geen vergunning kan worden verleend". Zie VAN MENSEL, A., *De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden. De Belgische lappendeken*, Thorbeckecollege 23, Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 21 januari 1999, E.Story-Scientia, 46-47 nr. 68.

<sup>841</sup> Zie randnrs. 250 e.v.

<sup>842</sup> R.v.St. nr. 67.860, JANSSENS, 29 augustus 1997.

opnieuw toe. De schorsing daarvan wordt uitgesproken bij arrest nr. 68.465 <sup>(843)</sup> ; vernietiging is gevolgd bij arrest nr. 85.334 <sup>(844)</sup>. Ondertussen was door de overheid beslist de procedure ab initio te herbeginnen maar in afwachting van het resultaat daarvan besloten opnieuw DEKAISE in dezelfde betrekking aan te stellen. Die beslissing wordt geschorst bij arrest nr. 69.584 <sup>(845)</sup> en vernietigd bij arrest nr. 85.335 <sup>(846)</sup>. Het resultaat van de vergelijking van titels en verdiensten reveleert (alsdan ?) dat verzoeker de tweede gerangschikte is en de tijdelijk aangestelde DEKAISE als eerste wordt gerangschikt. Hij wordt herbenoemd op 20 februari 1998 en de schorsing daarvan volgt bij arrest nr. 75.779 <sup>(847)</sup>. De bestreden beslissing wordt ingetrokken in mei 1999. Met ingang van 1 mei 2000 wordt FOULON benoemd in een andere ook door verzoeker geambieerde betrekking ; de schorsing daarvan wordt uitgesproken bij arrest nr. 90.239 <sup>(848)</sup>. Op 1 september wordt DEKAISE herbenoemd in de betrekking die reeds herhaaldelijk in geding was en in het schorsingsarrest nr. 93.316 <sup>(849)</sup> herhaalt de Raad van State de overwegingen van het arrest nr. 75.779 <sup>(850)</sup>:

*« ook al heeft de thans aangevochten benoeming plaatsgevonden na een procedure die van het begin af aan is overgedaan wegens de onregelmatigheden die tijdens de vorige benoemingsprocedure waren vastgesteld, dat niet wegneemt dat verzoeker voor de vierde keer » - in casu voor de zesde keer - « geweerd wordt, tijdelijk of blijvend, als directeur van het « Conservatoire royal de musique de Liège » en het aannemelijk is dat deze vierde » - zesde - « afwijzing aangevoeld wordt als een aantasting van zijn prestige en zijn reputatie en bijgevolg*

---

<sup>843</sup> R.v.St. nr. 68.465, JANSSENS, 26 september 1997.

<sup>844</sup> R.v.St. nr. 85.334, JANSSENS, 16 februari 2000

<sup>845</sup> R.v.St. nr. 69.584, JANSSENS, 13 november 1997.

<sup>846</sup> R.v.St. nr. 85.335, JANSSENS, 16 februari 2000.

<sup>847</sup> R.v.St. nr. 75.779, JANSSENS van 16 september 1998.

<sup>848</sup> R.v.St. nr. 90.239, JANSSENS van 16 oktober 2000.

<sup>849</sup> R.v.St. nr. 93.316, JANSSENS, 15 februari 2001.

<sup>850</sup> R.v.St. nr. 75.779, JANSSENS, 16 september 1998.

*de oorzaak is van een moeilijk te herstellen ernstig moreel nadeel (...) ».*

De tussenkomende partij DEKAISE was tijdelijk aangesteld in de litigieuze betrekking sinds 1985...

De overheden kunnen zich evenzeer inspireren aan de rechtspraak en zo beseffen dat zij onmiddellijk alle redenen - ook die welke zij uit schroom voor de betrokkene verborgen willen houden - moeten opgeven en vervolgens na het eerste vernietigingsarrest, die redenen niet meer of op een andere wijze, moeten expliciteren. De deugdelijke uitvoering van het vernietigingsarrest vraagt, naar de opvatting in dit werk gehuldigd, dat de overheid zich terug plaatst op het ogenblik dat zij de onwettige beweegredenen heeft geformuleerd aangezien dan precies de rechten van wie benoemd kon worden, waren ontstaan.

### § 3. De zaken Van den Abbeele

256. Helaas kan de Raad van State in de regel de overheid niet verplichten zich op dat ogenblik te plaatsen tenzij uit de context van de zaak blijkt dat anders handelen op rechtmatige wijze niet meer mogelijk is, zoals bijvoorbeeld in het arrest VAN DEN ABBEELE nr. 21.366 <sup>(851)</sup>. Daarin heeft de Raad van State de stelling geponeerd dat de overheid zich ter uitvoering van het arrest moest plaatsen op een welbepaalde datum. Hierna volgt de wordingsgeschiedenis van deze zaak. De afwijzingsbeslissing om verzoeker te benoemen wordt vernietigd in dit arrest, geding waarbij de gegevens van de zaak zich als volgt voordeden <sup>(852)</sup>:

- in 1970 werd de betrekking van directeur van de technische dienst vacantverklaard, waarna verzoeker zich kandidaat stelde,

---

<sup>851</sup> R.v.St. nr. 21.366, VAN DEN ABBEELE, 10 juli 1981.

<sup>852</sup> Gelet op het illustratief belang van dit geval, worden de antecedenten in extenso aangehaald.

maar niet werd benoemd. Een bestuurssecretaris, QUINA, verkreeg een hogere functie in deze betrekking ;

- in 1972 besliste het beheerscomité opnieuw dezelfde betrekking vacant te verklaren, waarbij QUINA als eerste en verzoeker ex aequo met andere kandidaten derde werd gerangschikt. De door QUINA verkregen bevordering wordt door de Raad van State vernietigd bij het arrest VAN DEN ABEELE nr. 16.460 <sup>(853)</sup>. De overheid besliste daarop niet tot enige bevordering over te gaan maar QUINA opnieuw met de hogere functie van directeur te belasten, daar hij tengevolge van de wijzigingen van het statuut <sup>(854)</sup> niet meer in de voorwaarden verkeerde om benoemd te worden tot directeur ;

- in 1976 besliste het beheerscomité dat de betrekking van directeur van de technische dienst voorbehouden was aan kandidaten van het Nederlands kader die het bewijs hadden geleverd van de kennis van de tweede landstaal ;

- in 1977 werd voor dezelfde betrekking voor de derde maal de bevorderingsprocedure ingezet en daar, gelet op de bezetting van het taalkader een tweetalige van de Nederlandse taalrol moest worden bevorderd, vervulde alleen verzoeker Van Den Abbeele de benoemingsvoorwaarden bij de vacantverklaring, zoals vereist door het organiek reglement.

Aan de hand van een ten gunste van verzoeker luidend advies van de meerderheid en van een "op basis van vroegere feiten" (zonder specificatie) gesteld advies van de minderheid, beide door de directieraad uitgebracht, beperkte het beheerscomité zich ertoe in juni 1977 bij geheime stemming verzoekers kandidatuur af te wijzen om dan onmiddellijk hierop een nieuwe bevorderingsprocedure in te stellen. Nochtans had de meerderheid van de directieraad verzoeker voorgedragen als enige kandidaat die de statutaire voorwaarden vervulde en die de taalkundige bekwaamheid bezat.

---

<sup>853</sup> R.v.St. nr. 16.460, VAN DEN ABEELE, 5 juni 1974.

<sup>854</sup> K.B. van 8 januari 1973 tot vaststelling van het statuut van het personeel van sommige instellingen van openbaar nut (B.S. 23.2.1973).



Daar in het licht van deze context de door tegenpartij gehanteerde werkwijze duidelijk onwettig was, moest verzoeker dan ook tegen de beslissing van juni 1977 van het beheerscomité waarbij zijn kandidatuur voor de functie van directeur van de technische dienst werd verworpen, een annulatieberoep indienen. Het auditoraat stelde dat het niet benoemen van een kandidaat in de door hem gesolliciteerde betrekking in algemene regel geen vernietigbare handeling is doch dat evenwel uit de toedracht van de zaak bleek dat de verantwoordelijke overheid niet gewoon van haar discretionaire beoordelingsmacht gebruik had gemaakt, maar dat zij integendeel arbitrair was opgetreden bij het afwijzen van de kandidatuur en dat in die hypothese moest worden aanvaard dat betrokkene zich tegen administratieve willekeur moet kunnen verweren door het instellen van een annulatieberoep tegen zijn ongeschiktverklaring en de afwijzing van zijn kandidatuur.

Ondanks het annulatieberoep verklaarde de overheid de betrekking van directeur in 1977 opnieuw vacant - nu zonder taalvereiste - en besliste in mei 1978 tot de benoeming van een andere derde, benoeming die eveneens werd aangevochten door verzoeker. In deze zaak werd door de tussenkomen partij opgeworpen dat op het ogenblik van de beslissing van het beheerscomité houdend zijn benoeming, de afwijzing van verzoekers kandidatuur ophield gevolgen te hebben.

#### 1. EEN JURISPRUDENTIËLE VERPLICHTING TOT HET RECHTSHERSTEL OM EEN KANDIDATUUR TE ONDERZOEKEN OP EEN BEPAALD PUNT IN HET VERLEDEN

257. In het arrest VAN DEN ABEELE nr. 21.366 <sup>(855)</sup> dat zowel de expliciete afwijzingsbeslissing van de kandidatuur van verzoeker van juni 1977 als de bevordering van DE PAEPE vernietigt, stelt de Raad van State het volgende :

*"dat de omstandigheid dat het beheerscomité na de bestreden afwijzingsbeslissing andere kandidaten tot directeur heeft*

---

<sup>855</sup> R.v.St. nr. 21.366, VAN DEN ABEELE, 10 juli 1981.

*benoemd zonder de kandidatuur van verzoeker telkens opnieuw uitdrukkelijk af te wijzen, helemaal niet insluit dat het beheerscomité op zijn oorspronkelijke afwijzingsbeslissing is teruggekomen aangezien bij benoeming van een ander kandidaat, het helemaal geen zin heeft om de kandidatuur van verzoeker uitdrukkelijk af te wijzen, en de benoeming van een ander kandidaat best de stilzwijgende handhaving van de afwijzing van verzoekers kandidatuur kan inhouden ; dat tenslotte en vooral bij eventuele vernietiging van de bestreden afwijzingsbeslissing, met als noodzakelijk gevolg de vernietiging van de latere benoeming van de kandidaat De Paepe, verzoeker een nieuwe kans zou krijgen om zijn aanspraken op bevordering in de wettelijke omstandigheden zoals die zich voordeden op 22 juni 1977 opnieuw onderzocht te zien wat voor hem de mogelijkheid insluit om de gesolliciteerde benoeming met ingang van die datum te bekomen."*

258. Het in het arrest omschreven rechtsherstel legt de overheid op de kandidatuur van verzoeker opnieuw te onderzoeken, met dien verstande dat zij zich hiervoor moet plaatsen op de datum waarop zij de vernietigde beslissing houdende verwerping van verzoekers kandidatuur trof. Daarenboven verschaft het arrest aanwijzingen omtrent de marge waarbinnen de overheid zich hierbij mag bewegen : bij dat onderzoek is de overheid geenszins nog gerechtigd te oordelen dat de kwestieuze betrekking niet meer moet worden begeven en een eventuele verwerping van de kandidatuur van verzoeker kan slechts geschieden op grond van in rechte toelaatbare motieven.

259. Het arrest gewaagt dus duidelijk van een verplichting tot rechtsherstel. In dit geval zegt de Raad van State zelf dat er maar één punt in de procedure is waarop de overheid zich mag plaatsen en dat zij na het annulatiearrest niet vermag te oordelen dat de betrekking niet moet worden begeven. De overheid kan alleen wettig optreden ingeval zij deugdelijke redenen opgeeft waarom verzoeker niet benoembaar is. Doch hoe moesten in de zaak VAN DEN ABBEELE nog deugdelijke redenen worden gevonden ? De overheid heeft zich in voormelde zaak echter niet neergelegd bij het dictum van het arrest VAN DEN ABBEELE en heeft de heer DE PAEPE herbenoemd, wat aanleiding gegeven heeft tot alweer een annulatieberoep.

260. Na het arrest nr. 21.366 <sup>(856)</sup> zijn vier annulatieberoepen gevolgd die alle waren gesteund op de miskenning van het gezag van gewijsde van dit arrest. De eerste drie vochten onder meer de impliciete weigeringsbeslissing aan om niet tot het onderzoek van de kandidatuur van de verzoekende partij over te gaan ; de vierde vocht de impliciete weigeringsbeslissing aan om verzoekende partij als enige kanidaat niet te benoemen, geconcretiseerd in de benoeming van de heer DE PAEPE.

## 2. ONWIL EN EEN AANSTUREN OP EEN GEBREK AAN BELANG BIJ VERZOEKER DOOR HET BEREIKEN VAN DE PENSIOENGERECHTIGDE LEEFTIJD

261. Zowel onwil als een manifest gebrek aan kennis lagen ten grondslag aan de niet-uitvoering van het arrest nr. 21.366. Door de verwerende partij werd gepoogd de zaak uit te stellen daar VAN DEN ABEELE in 1985 met pensioen ging en zijn belang bijgevolg zou teloor gaan <sup>(857)</sup>. Dat door de jurisprudentie die het belang niet meer aanwezig achtte bij pensionering speculaties ontstonden blijkt ook uit wat P. LALOUT schreef <sup>(858)</sup> :

*"L'abus du recours aux fonctions supérieures au profit de ses protégés permet la conservation effective des avantages octroyés aux bénéficiaires des nominations contestées : la pratique de "l'escalade" dans les nominations vise le même but. Ainsi... par ces astuces, certains privilégiés atteignent ainsi l'âge de la retraite...et quittent le service AVANT que le Conseil d'Etat rende son verdict".*

Om die reden had verzoeker aan de Raad van State inkorting van de termijnen gevraagd, aangezien hij door de jarenlange

---

<sup>856</sup> R.v.St. nr. 21.366, VAN DEN ABEELE, 10 juli 1981.

<sup>857</sup> Nu de Raad van State niet langer "automatisch" het verval van het belang vaststelt, zullen in deze omstandigheid getroffen benoemingen misschien verdwijnen : zie voetnoot 862. Voor een voorbeeld waarbij de Raad van State de nakende pensionering wel in aanmerking nam ter beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zie R.v.St. nr. 46.106, SEVERAIN, 15 februari 1994, randnr. 290.

<sup>858</sup> P. LALOUT, "Diagnostic", *Groupe d'Etudes et de Réforme de la Fonction Administrative*, mai 1986, 3.

procedure bovendien eveneens heel wat geestelijke en morele schade had ondervonden (<sup>859</sup>).

### 3. OPEENVOLGENDE SCHENDINGEN VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE

262. Belangwekkend ook is dat het volgende arrest VAN DEN ABEELE nr. 25.249 (<sup>860</sup>) de bestreden benoeming vernietigt wegens schending van het gezag van gewijsde. De Raad van State oordeelt onder meer dat noch uit de vage en in feite nietszeggende bewoordingen van de beslissing, noch uit het dossier bleek waarom het beheerscomité aan de tussenkomen partij de voorkeur gaf en waarom het afweek van de mening van de directieraad die verzoeker in een gemotiveerd advies als eerste kandidaat had voorgedragen. Verwezen werd naar het feit dat het arrest nr. 21.366 (<sup>861</sup>) op grond van ditzelfde gebrek aan motieven de beslissingen van het beheerscomité van 1977 en van 1978 respectievelijk tot afwijzing van verzoekers kandidatuur en tot benoeming van DE PAEPE tot directeur had vernietigd zodat de bestreden beslissing wegens schending van het gezag van gewijsde van dat arrest vernietigd moest worden.

Het is immers op grond van de miskenning van het gezag van gewijsde dat een verzoeker zoals VAN DEN ABEELE thans (<sup>862</sup>) wel de impliciete weigering om hem te benoemen aan de Raad van State zou kunnen vragen te vernietigen.

Desalniettemin besliste de benoemende overheid enige maanden later om DE PAEPE opnieuw te benoemen. Ondertussen was verzoeker gepensioneerd en rees de vraag naar het nog aanwezig

---

<sup>859</sup> De bestuursoverheid had hem al die tijd alleen in een bureau ondergebracht waar hij zelfs geen werk toegewezen kreeg ; „een ware Chinese marteling“, verklaarde VAN DEN ABEELE, „voor iemand waarvan was geweten dat hij in de jaren zeventig lange dagen werkte om het Fonds der Beroepsziekten uit te bouwen“. Voorgaande argumenten zijn weliswaar ondienstig voor een juridisch debat, maar ze onderlijnen de tergende handelwijze van de verwerende partij.

<sup>860</sup> R.v.St. nr. 25.249, VAN DEN ABEELE, 18 april 1985.

<sup>861</sup> R.v.St. nr. 21.366, VAN DEN ABEELE, 10 juli 1981.

<sup>862</sup> Zie infra de bespreking van het arrest VAN POUCKE nr. 72.652 van 24 maart 1998, randnrs. 360 e.v.

zijn van belang bij zijn zaak (<sup>863</sup>). Maar reeds in het arrest nr. 21.366 had de Raad van State geoordeeld dat het

---

<sup>863</sup> De Raad van State scheen terzake onder meer te oordelen dat verzoeker in die omstandigheden moest aantonen nog belang te hebben : *"dat verzoeker, die zich niet beroept op enige rechtsregel die het hem verlenen van de benoeming tot voorwerp van een gebonden bevoegdheid van het bestuur maakt, niet aantoonst dat hij ondanks zijn pensionering toch nog doet blijken van het rechtens vereiste belang"* (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 40.667, LENAERTS, 8 oktober 1992 ; R.v.St. nr. 41.514, SOUFFRIAU, 5 januari 1993). Zie D. MAREEN, noot bij R.v.St. nr. 60.320, 19 juni 1996, *"Pensionering is niet noodzakelijk het einde van het proces voor de Raad van State"*, T.Gem. 1997, 307-312 ; D. MAREEN, *"Het belang na pensionering"*, noot bij R.v.St. nr. 67.125, DIELS, 27 juni 1997, T.B.P. 1998, 219-221. De jurisprudentiële onenigheid terzake bij de Raad van State is nog niet verdwenen ondanks het feit dat het Arbitragehof heeft geoordeeld dat een verzoeker die zich op grond van het enkele feit van het gepensioneerd worden, het belang ontzegt ziet door de Raad van State, ongelijk behandelt wordt. *"Bovendien"*, stelt het Arbitragehof, *"zal een vernietigingsarrest het hem vergemakkelijken de fout van de administratie aan te tonen indien hij voor de burgerlijke rechter een geding instelt"*. (Arbitragehof, 117/99, B.S. 10 november 1999 (noot L. DE GEYTER, C.D.P.K, 2000, 367 ; noot B. GRIBOMONT en D. LAGASSE, *"Peut on perdre son intérêt à agir devant le Conseil d'Etat en cours de procédure ?"*, J.L.M.B. 2000/29, 1236-1244 ; noot A. COPPENS, T.B.P. 2000) ; B. WILMS, *"Verplicht een nakomende oppensioenstelling de Raad van State tot prioritaire afhandeling ?"* in PSB./R.D.J.P. 1999, 311 e.v. ; P.J. DEFOORT, *"Het belang van gepensioneerde ambtenaren : welke beoordelingsmarge heeft de Raad van State nog ?"* in A.J.T., 1999-2000, 647 e.v. ; J. BAERT EN G. DEBERSAQUES, *"Het behoud van belang na pensionering voor de Raad van State : een eis van daadwerkelijke rechtshulp ?"* in R.W., 1999-2000, 1293-1296. S. LUST schrijft dat het Arbitragehof niet duidelijk maakt of het element, gemakkelijker de fout te kunnen aantonen? op zichzelf voldoende is om het belang bij de vernietiging te rechtvaardigen dan wel of de verzoeker ook nog het bestaan van een ander belang moet aantonen (*Rechtsherstel...*, o.c., o.m. 318, vn. 1183). Dat laatste wordt - niet in een ambtenarenzaak - gevraagd in bijvoorbeeld het arrest nr. 96.964, N.V. VAN RYMENANT van 26 juni 2001 in welke zaak het door de verzoekende partij overstappen van de vraag naar herstel in natura naar een gemakkelijker verkrijgen van schadevergoeding het belang doet verdwijnen en waar de Raad van State deswege oordeelt *"dat het belang van de verzoekende partijen kennelijk niets meer te maken heeft met het doen verdwijnen van het obstakel om zelf de opdracht te kunnen krijgen, maar alleen nog schuilt in het onwettig horen verklaren van de toewijzing van de opdracht aan een derde en het vergemakkelijken daardoor van een vordering tot schadevergoeding voor de burgerlijke rechter. (...)Het feit dat verzoekende partijen in hun verzoekschrift niet alleen de nietigverklaring vragen van de toewijzing van de opdracht aan de concurrent, maar ook van de impliciete weigering om hen de opdracht toe te kennen, dit op grond van de miskennis van de rechtsplicht dat voordeel te geven aan hen als degenen met de laagste regelmatige offerte en derhalve objectief als rechtsherstel nastreven dat de initieel onrechtmatig geweigerde opdracht hen moet worden verleend, staat haaks op hun gewijzigde houding met betrekking tot het belang zodat het hun moet worden ontzegt"* (noot van M.-A. FLAMME, *"Le contentieux des commandes publiques intéresse-t-il encore le juge administratif ?"*, T.Aann., 2002, 299-301) Zie inzake deze visie op het belang bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 78.007, DE BRIEY, 7 januari 1999 ; R.v.St. nr. 113.784, MAMPAEY, 17 december 2002 : *"Overwegende dat verzoekers' actueel belang nog enkel erin bestaat de bestreden beslissing bij arrest onwettig te horen verklaren, om vervolgens op grond van deze, met gezag van gewijsde beklede uitspraak, een vordering voor de gewone rechter beter te kunnen ondersteunen ; dat dergelijk belang echter geen belang is dat verbonden is aan de nietigverklaring of aan het doen verdwijnen van de*

bestreden akte uit de rechtsorde, dat een dusdanig belang een onrechtstreeks belang is dat niet volstaat om een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring in te stellen of te handhaven (...) dat het louter gelijk krijgen op zich niet de gevraagde nietigverklaring wettigt". Het Arbitragehof heeft enkel in het automatisme van de rechtspraak (op enkele arresten na) van de Raad van State een ongelijkheid gezien. In de zaak nr. 86.984, CREMERS van 2 mei 2000 vroeg verzoeker de volgende prejudiciële vraag aan het Arbitragehof voor te leggen : "Schendt art. 19 R.v.St.-wet, aldus geïnterpreteerd dat de schade of het belang bij een aanstelling verloren gaan door de enkele oppensioenstelling van de kandidaat, de artikelen 10 en 11 G.W., ook al is retroactieve aanstelling mogelijk, terwijl bij niet-gepensioneerden in overigens dezelfde omstandigheden de schade of het belang niet verloren gaan ?" De Raad van State antwoordt o.m. dat de verwerende partij niet aantoonde dat zij verzoeker bij wijze van rechtsherstel niet op dezelfde manier retroactief zou kunnen aanstellen en dat verzoeker om die reden geacht moet worden nog belang te hebben bij zijn beroep. Geoordeeld wordt dat de prejudiciële vraag geen nut heeft voor de oplossing van het geschil aangezien de Raad van State de erin verwerkte interpretatie van artikel 19 (...) niet bijtreedt (overw. 2.2.5). De Raad van State oordeelt in het arrest nr. 111.802, STEPPE van 23 oktober 2002 dat "de strekking van het door verzoeker aangehaalde arrest nr. 117/99 van 10 november 1999 van het Arbitragehof is dat, wanneer een ambtenaar die een benoeming aanvecht in de loop van het geding op pensioen wordt gesteld, hij daardoor niet automatisch zijn belang bij de gevraagde nietigverklaring verliest maar dat concreet moet worden nagegaan in hoeverre nog een belang aanwezig is (...)". Recente rechtspraak bevindt het moreel belang niet voldoende zwaarwichtig om het nadeel dat bij een vernietiging aan rechtmatige belangen van de andere partijen in het geding wordt toegebracht te kunnen verantwoorden (R.v.St. nr. 108.516, LIEVENS, 27 juni 2002). Dit arrest overweegt "dat aangenomen wordt dat het belang van een ambtenaar ook na zijn pensionering blijft bestaan wanneer hij de schending aanvoert van een rechtsregel die de overheid de verplichting oplegde om hem met terugwerkende kracht tot een datum voor zijn pensionering te benoemen ; dat het moreel belang dat verzoeker aanvoert niet voldoende zwaarwichtig is om het nadeel dat bij een vernietiging aan rechtmatige belangen van de andere partijen in het geding wordt toegebracht te kunnen verantwoorden" (geval van discretionaire bevoegdheid). Waar verzoeker VRANCKX wijst op het feit dat de benoeming dagtekent van ongeveer vier jaar voor zijn pensionering, overweegt de Raad van State dat meervermeld arrest van het Arbitragehof de Raad van State verbiedt aan verzoeker het belang te ontzeggen om de enkele reden dat hij op pensioen is gesteld maar daarentegen ruimte laat voor een concrete beoordeling van het belang dat volgens verzoeker na zijn oppensioenstelling is blijven bestaan. Het arrest staat er ook niet aan in de weg dat de Raad van State in het kader van het onderzoek van het persoonlijk belang, nagaat of verzoeker in de loop van het geding wel een voldoende belang heeft behouden en of hij, bij het sluiten van de debatten, nog altijd een voordeel kan halen uit de vernietiging van het bestreden besluit. Verzoeker wijst erop dat het Arbitragehof het belang benadert vanuit de bezorgdheid om de actio popularis tegen te gaan en dat het Arbitragehof ook heeft gesteld dat artikel 19 geen vereisten stelt in verband met het behoud van het belang, zodat niets de Raad van State belet te oordelen dat het initiële belang volstaat om aan de wettelijke voorwaarden te voldoen. Verzoeker verwijst inzonderheid naar de mogelijkheid een vordering tot schadeloosstelling in te leiden en naar het feit dat het Arbitragehof dat gegeven in zijn arrest als een "versterkend motief van zijn redenering" ontwikkeld heeft, zodat het niet het karakter heeft van een obiter dictum, naar de invloed op zijn pensioenrechten, naar het moreel belang, met name het recht om "daadwerkelijke rechtshulp te zien effectueren" en naar het feit dat de behandeling van zijn zaak bij de Raad van State een "onredelijke vertraging" heeft opgelopen. De Raad van State antwoordt dat het teloorgaan van bepaalde aspecten van het belang geen invloed heeft op de ontvankelijkheid van het beroep voor zover aannemelijk

rechtsherstel waartoe de verwerende partij ingevolge de vernietiging van de beslissing houdende verwerping van de kandidatuur van verzoeker gehouden was, inhield dat zij verplicht was de kandidatuur van verzoeker opnieuw te onderzoeken op de datum waarop zij ze verworpen had, dat ze de betrekking moest begeven en moest aangeven waarom ze verzoeker niet benoemde.

Door in het arrest nr. 60.149 enkel gedeeltelijk te vernietigen <sup>(864)</sup> werd de mogelijkheid onbenut gelaten een nieuwe benoemingsprocedure aan te vangen. In de mate dat de benoemende overheid geen echte vergelijking van de verdiensten van de benoemde en van verzoeker had doorgevoerd en zich onder meer had gebaseerd op de onwettige ambtsuitoefening van de benoemde, had dit tot een integrale vernietiging kunnen leiden. De benoemende overheid had zich ertoe beperkt een omschrijving te geven van de taken van verzoeker, stellend dat hij ze zeer behoorlijk vervulde en een vlotte omgang met het personeel had,

---

wordt gemaakt dat de vernietiging aan de verzoeker nog een concreet voordeel kan opleveren hetwelk, om het beroep niet te laten verworden tot een actio popularis, meer moet zijn dan de genoegdoening verboden met het horen onwettig verklaren van de bestreden beslissing. Verzoeker is op pensioen gesteld ; hij voert niet aan en er blijkt ook niet dat de verwerende partij in een vernietigingsarrest de absolute rechtsplicht zal vinden om verzoeker te benoemen en aldus zijn loopbaan met terugwerkende kracht te reconstrueren, een vernietigingsarrest kan derhalve niet meer bijdragen tot het rechtsherstel dat verzoeker oorspronkelijk ambieerde, met name zelf bevorderd worden en die functie daadwerkelijk bekleden ; in die zin is het initieel materieel belang dat verzoeker onmiskenbaar had bij de vernietiging van het bestreden besluit, teloorgegaan. Wat het belang betreft om beter een vordering bij de justitiële rechter te kunnen ondersteunen, bevindt de Raad dit geen belang dat verbonden is aan het doen verdwijnen van de akte uit de rechtsorde : het ingeroepen belang moet in relatie tot die finaliteit staan. Wat de vaststelling van de pensioenrechten aangaat, oordeelt de Raad dat, begrepen in de zin dat het na een vernietigingsarrest aan de verwerende partij niet verboden is om, indien zij de onrechtmatigheid tegenover verzoeker op de een of andere wijze wil goedmaken, hem retroactief te benoemen - in welk geval zijn pensioenrechten herberekend zullen worden - opgemerkt dient te worden dat het rechtsherstel dat verzoeker nastreeft niet rechtstreeks volgt uit het vernietigingsarrest maar dat de verwerende partij daarvoor eerst nieuwe beslissingen dient te nemen die bovendien gunstig moeten zijn voor verzoeker; dat die enkele mogelijkheid (...) het belang van verzoeker tot een onrechtstreeks en zelfs hypothetisch belang maken; dat inzonderheid met betrekking tot een annulatieberoep gericht tegen een benoeming in het openbaar ambt, warin ook rekening gehouden moet worden met de belangen van de benoemde, dergelijk hypothetisch belang niet volstaat om het actueel belang bij het annulatieberoep te verantwoorden (R.v.St. nr. 118.682, VRANCKX, 28 april 2003).

<sup>864</sup> R.v.St. nr. 60.149, VAN DEN ABEELE, 13 juni 1996 ; Contra bijvoorbeeld het arrest nr. 40.610, ROGGMAN, 6 oktober 1992.

zonder aan te geven waarom het voorstel van de directieraad, dat hem als eerste had gerangschikt, niet werd gevolgd. Er was welzeker bij de overheid nog een rechtsplicht. De verwerende partij voerde aan dat zij, om de arresten correct uit te voeren, verschillende adviezen had ingewonnen (!). Verzoekende partij had zijn kandidatuur voor de eerste maal in 1970 gesteld, terwijl de aangevochten beslissing van juni 1985 dateerde, m.a.w. 15 jaar later. De overheid had DE PAEPE *opnieuw benoemd met terugwerkende kracht met ingang van 1 juni 1978, daarbij dus de opeenvolgende arresten pertinent negerend* !

263. In de procedure die leidde tot het arrest VAN DEN ABEELE nr. 60.149 <sup>(865)</sup>, heeft de overheid dus enkel formeel een beschrijving van de verdiensten van DE PAEPE en van verzoekende partij gegeven. Eigenlijk kwam het erop neer dat de ervaring die de tussenkomen de partij had opgedaan ertoe leidde dat hij bekwaam werd geacht, ofschoon de *iure* met die ervaring geen rekening mocht worden gehouden <sup>(866)</sup>! De Raad van State heeft de benoeming vernietigd in zoverre zij uitwerking had van 1 juni 1978 tot 12 juni 1985, datum van de bestreden beslissing van het beheerscomité, omdat de terugwerking in strijd werd geacht met het gezag van gewijsde van het arrest nr. 25.249. De Raad van State stelt dat verzoeker recht heeft op een reconstructie van zijn loopbaan, alleszins tot op het ogenblik van zijn oppensioenstelling <sup>(867)</sup>.

---

<sup>865</sup> R.v.St. nr. 60.149, VAN DEN ABEELE, 13 juni 1996.

<sup>866</sup> Zie randnr. 281.

<sup>867</sup> "Overwegende dat uit de aangehaalde overwegingen van deze arresten duidelijk blijkt dat de Raad van State daarmee een ver doorgedreven rechtsherstel heeft beoogd door te stellen dat de verwerende partij verplicht was de kandidatuur van verzoeker opnieuw te onderzoeken, zich daarbij plaatsend op de datum van de vernietigde beslissing tot verwerping van verzoekers kandidatuur, dit is op 22 juni 1977; dat daardoor aan de benoemde overheid het recht is ontzegd om over te gaan tot een volledig nieuwe benoemingsprocedure met kandidaten, die ondertussen wel voldeden aan alle benoemingsvereisten, onder andere wat hun taalkennis betreft; dat verzoeker in deze arresten een recht kan putten op een reconstructie van loopbaan, alleszins tot op het ogenblik van zijn oppensioenstelling; dat hij ook op dat punt zijn belang bij de vordering niet heeft verloren".



Verzoeker kon geen vordering voor buitengewone schade indienen omdat de overheid een fout had begaan <sup>(868)</sup>. Toch oordeelt de Raad van State in het arrest THIBAUT dat ook in het geval waarin een personeelslid geen recht op benoeming kan laten gelden en zich niet op ter zake gedane beloften kan beroepen, aan dat personeelslid een buitengewone schade werd berokkend door het feit dat hij driemaal verplicht werd het ambt van directeur van een dienst uit te oefenen en hij ondanks die opdracht driemaal door andere kandidaten werd verdrongen <sup>(869)</sup>.

#### 4. HET DICTUM VAN HET ARREST VAN POUCKE HAD DE ZAKEN VAN DEN ABEELE KUNNEN REDDEN

264. De Raad van State had in deze zaak VAN DEN ABEELE nr. 60.149 met het oog op volledig rechtsherstel nog één stap te zetten, stap die hij in 1998 heeft gezet in de zaak VAN POUCKE <sup>(870)</sup>, te weten, oordelen dat de overheid geen deugdelijke reden bleef hebben en kon hebben want dat zij die reden reeds zou hebben geopenbaard en dat zij dienvolgens de plicht had te benoemen ; verzoeker Van Den Abbeele heeft die reden echter nooit gekend. De ware vraag waarom zijn kandidatuur steeds werd verworpen, vraag die de Raad van State in het arrest nr. 21.366 had geformuleerd, is nooit beantwoord geworden, daar de overheid is blijven weigeren haar redenen kenbaar te maken.

265. De Raad had die éne stap in de zaak VAN DEN ABEELE kunnen zetten omdat bij de opeenvolgende gedingen telkens de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen was gevorderd geworden. Voor situaties zoals die waarin VAN DEN ABEELE verkeerde, moest door verzoekende partijen een oplossing worden gezocht. In het arrest STERCKX voormeld heeft

---

<sup>868</sup> Voor de omschrijving van wat buitengewone schade is, zie o.m. S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 102-107, nrs. 48-50.

<sup>869</sup> R.v.St. nr. 476, THIBAUT, 26 juli 1950, R.J.D.A., COOR noot van CH. HUBERLANT, 284-289.

<sup>870</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

de Raad van State de plicht de verzoeker te benoemen - onder voorwaarde van het desgevallend nog bestaan van geldige motieven - ook erkend maar de Raad heeft dit enkel in de overwegingen geschreven, net zoals in het arrest VAN DEN ABEELE <sup>(871)</sup>. In het daaropvolgend arrest STERCKX, dat moest vaststellen dat het onderzoek toch niet deugdelijk was geschied, is de Raad van State niet ingegaan op de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen, ook niet bij het ontvankelijkheidsonderzoek <sup>(872)</sup> wat de overtuiging schraagt dat na een tweede overheidsonderzoek de Raad van State in het dictum de te treffen beslissing nader moet omschrijven.

266. Samengevat is de Raad van State dus ondanks alle argumenten van verzoekende partijen blijven oordelen dat hij zich niet op een rechtsplicht tot handelen kon steunen. Die zienswijze heeft hij meer aanvaardbaar gemaakt door redenen daarvoor op te geven, al dan niet in antwoord op de verzoekers. Die redenen zijn zoals aangehaald het feit dat de vergelijking van titels en verdiensten niet alleen in het belang van de gegadigden maar ook en primordiaal in het belang van het bestuur plaatsvindt, of dat er redenen kunnen zijn die de overheid gedurende het eerste geding of zelfs gedurende de volgende gedingen nog niet heeft geopenbaard, of dat de Raad van State geen opportuniteitsoordeel mag uitspreken, of dat niet kan worden geweten of de procedure door de overheid niet zou worden herbegonnen. Deze redenen lieten bij verzoekende partijen een gevoel van onbehagen achter, aangezien de

---

<sup>871</sup> Wij verwijzen nogmaals naar die passus in het arrest VAN DEN ABEELE : „(...)verzoeker een nieuwe kans zou krijgen om zijn aanspraken op bevordering in de wettelijke omstandigheden zoals die zich voordeden op 22 juni 1977 opnieuw onderzocht te zien wat voor hem de mogelijkheid insluit om de gesolliciteerde benoeming met ingang van die datum te bekomen.”

<sup>872</sup> R.v.St. nr. 85.746, STERCKX, 1 maart 2000. Vermeldenswaard is dat de Raad van State in dit arrest overweegt dat “aan de overwegingen van het vernietigingsarrest aangaande het onderzoek door de directieraad van verzoekers bezwaarschrift gezag van gewijsde toekomt”. In het arrest nr. 101.185, STERCKX van 26 november 2001 wordt dan de beslissing van 20 mei 1999 houdende benoeming van G. DEROO met ingang van 1 april 1994 vernietigd. Terzake de impliciete weigeringsbeslissing wordt geoordeeld dat de overheid niet in een gebonden bevoegdheid handelt zodat deze niet vatbaar voor vernietiging wordt geacht.

omstandigheden soms schrijnend zijn te noemen zoals uit volgende voorbeelden kan blijken. De feiten worden in extenso aangehaald omdat ze bijzonderlijk in te passen zijn in het onderzoek dat dit werk beoogt.

#### § 4. De zaken Demuynck (<sup>873</sup>)

267. In deze zaak kunnen de gegevens als volgt worden samengevat : een schooldirecteur vraagt mutatie naar een andere instelling. De instelling waar hij geaffecteerd was, verleent een gunstig advies, terwijl de instelling waarnaar hij wil muteren hem als eerste klasseert en hem bij consensus voordraagt voor de waarneming. Daarna moet de overheid de beslissing nemen, maar die wijst hem af om slechts één reden, met name de overweging dat de continuïteit van het onderwijs in het gedrang zou kunnen komen. Precies dezelfde reden was reeds vroeger door de Raad van State onwettig bevonden in het arrest DUMAREY (<sup>874</sup>). Verzoeker DEMUYNCK bestrijdt de afwijzingsbeslissing en ziet zijn schorsingsberoep ingewilligd : de Raad van State moest slechts naar zijn eerder gevoerde redenering verwijzen (<sup>875</sup>).

Tengevolge van het schorsingsarrest meent de overheid, in plaats van na heroverweging onmiddellijk een nieuwe beslissing te nemen, maar zonder zich daarbij te steunen op het eerder gehanteerd onwettig motief, opnieuw - totaal overbodig - het advies te moeten vragen aan de instelling waarnaar de verzoeker wilde muteren. Die instelling antwoordde geen advies te wensen te geven omdat niet kon worden ingezien hoe haar mening kon zijn veranderd. Zij beklemtoonde uiteraard verzoeker opnieuw

---

<sup>873</sup> Zie de evolutie terzake door het arrest nr. 114.914, DEMUYNCK van 23 januari 2003, randnr. 414.

<sup>874</sup> R.v.St. nr. 51.277, DUMAREY, 24 januari 1995. In dit geding werd de beslissing van de centrale raad van de ARGO vernietigd waarbij "*in principe aan de titularissen van selectie- en bevorderingsambten, met uitzondering van (...) niet wordt toegestaan hun betrekking te verlaten om in een andere instelling een betrekking op te nemen*".

<sup>875</sup> R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997.

voor te dragen en vroeg om hem ook daadwerkelijk te laten muteren. Maar de overheid deed dat niet ; méér nog, zij verklaarde de betrekking onverwacht opnieuw vacant ! De verzoeker was verplicht om het verzoek van de overheid om een nieuwe voordracht en om de beslissing tot vacantverklaring aan te vechten op grond van het feit dat het enige wat de overheid nog had kunnen doen na het arrest was, de aanstelling toewijzen omdat ze geen enkele andere geldige reden had om dat niet te doen en ze a fortiori naliet er één aan te geven. Ondertussen - bij het nieuw onderzoek van de verdiensten na de nieuwe vacature - werd zelfs naar motieven gezocht om verzoeker eventueel te kunnen declasseren.

Nadat hij de beslissing om verzoeker DE MUYNCK de waarneming niet te geven had geschorst, vernietigt de Raad van State die beslissing (<sup>876</sup>). De administratieve rechter stelt in het vernietigingsarrest DE MUYNCK vast dat in weerwil van het feit dat hij de aanstelling van de onwettig aangestelde heeft geschorst, deze de functie van directeur die verzoeker ambieerde, onderwijl is blijven uitoefenen (<sup>877</sup>). Hij overweegt dat de verwerende partij derhalve na 's Raads schorsingsarrest,

1° de bestreden beslissing tot aanstelling niet ingetrokken heeft

2° zij niet eens de uitvoering van die beslissing heeft gestaakt nadat die was geschorst en

3° dat wat zij wel heeft gedaan, het doen van een nieuwe oproep tot de kandidaten is (<sup>878</sup>).

De verwerende partij had ter zake opgeworpen dat de nieuwe vacantverklaring verenigbaar was met het schorsingsarrest. Zij argumenteerde dat de Raad van State „de juridische mogelijkheid

---

<sup>876</sup> R.v.St. nr. 68.846, DE MUYNCK, 14 oktober 1997.

<sup>877</sup> Dus het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest negerend omdat de schorsing van een bestuurshandeling, wat de uitvoering of de toepassing ervan betreft, voorlopig dezelfde uitwerking heeft als de vernietiging ervan. Zie omtrent het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest, randnr. 78 e.v.

<sup>878</sup> R.v.St. nr. 68.846, DE MUYNCK, 14 oktober 1997, tweede overw.

*openliet om verzoeker niet tijdelijk waarnemend aan te stellen als directeur op grond van wettige en regelmatige (sic) motieven, zolang het maar niet was op grond van zijn vastbenoemd zijn als directeur*". Hierop antwoordt de Raad van State dat de verwerende partij wel dergelijke motieven kon hebben om verzoeker, in weerwil van zijn voordracht als eerste, niet aan te stellen, maar dat zij geen enkel motief had laten gelden om dit niet te doen. Een dergelijk motief kan uiteraard niet als uitgesproken worden beschouwd in het besluit dat een nieuwe oproep tot de kandidaten doet. De Raad van State oordeelt dat het schorsingsarrest het motief had afgewezen dat verzoeker kon worden geweerd omdat hij elders vastbenoemd was als directeur. De verwerende partij kon aan dat standpunt slechts tegemoetkomen door na te gaan of, nu verzoeker opnieuw was voorgedragen, er een ander motief was dan het vastbenoemd zijn van verzoeker dat zich ondanks die voordracht verzette tegen zijn aanstelling. Indien zij een zodanig motief niet vond, moest zij aan de voordracht het normale gevolg geven.

#### 1. VERPLICHTING TE BESLISSEN NA HET VERNIETIGINGSARREST IN EEN PROCEDURE MET SCHORSING

268. De Raad van State preciseert dat onder de overweging dat aan de voordracht het normale gevolg moet worden gegeven, moet worden verstaan dat de geschorste aanstelling moet worden beëindigd en dat verzoeker moet worden aangesteld indien geen ander motief wordt gevonden dan hetgeen totnogtoe werd opgegeven. De administratieve rechter stelt vast dat het bestuur zonder enige redengeving een nieuwe oproep tot de kandidaten heeft gedaan, ondertussen <sup>(879)</sup> in afwachting van het resultaat van die oproep de ten onrechte aangestelde verder in functie latend ofschoon diens aanstelling was geschorst. Belangrijk is derhalve dat de Raad van State in deze rechtszaak een *verplichting* oplegt aan de overheid. Hij stelt dat de verwerende partij verplicht is een nieuwe beslissing te nemen waarin haar bevoegd orgaan, ofwel zich aansluit bij de

---

<sup>879</sup> „nota bene“ zegt de Raad.

voordracht, ofwel van die voordracht afwijkt, maar daarbij haar motieven laat kennen. Die motieven kunnen evenwel niet zijn, *noch de nieuwe oproep tot de kandidaten* (die immers niet gestoeld was op enig motief) noch de voordracht. De Raad van State vernietigt thans de aanstelling. De Raad van State vestigt dus in de overwegingen van het vernietigingsarrest de verplichting om een beslissing te nemen op een bepaald ogenblik, met name het moment waarop de procedure fout is gelopen. Vast te stellen is dat het ook hier het tweede overheidsonderzoek behelst, al is het in eenzelfde zaak omdat het over het geding ten gronde gaat na het schorsingsarrest.

Dus in één en hetzelfde geding wordt de bewegingsvrijheid van het bestuur dusdanig verengd dat het bijna niet meer mogelijk is de verzoeker niet aan te stellen, alhoewel het om een weigeringsbeslissing, genomen in discretionaire bevoegdheid gaat.

## 2. EEN NIEUWE OPROEP TOT DE KANDIDATEN IS GEEN BELETSEL VOOR HET IN RECHTE BESTAAN VAN DE BESLISSING WAARBIJ EEN KANDIDAAT ONRECHTMATIG IS GEWEERD

269. De nieuwe oproep tot de kandidaten belet niet dat verzoeker nog steeds onrechtmatig geweerd is. De Raad van State stelt dat hij verzoeker als dusdanig beschouwt op grond van het in zijn schorsingsarrest ernstig bevonden middel ; dat middel wordt in de vernietigingsfase gegrond geacht. De nieuwe oproep tot de kandidaten en het ingediend en onderzocht zijn van de kandidaturen waaronder die van verzoeker kan des te minder een beletsel zijn om diens bestaande aanspraken op de omstreden aanstelling te erkennen daar het resultaat waar die oproep voorlopig toe heeft geleid, onwettig is. Indien immers de punten van de ten onrechte aangestelde ondertussen waren gestegen, kwam dat omdat zij in de betrekking in geschil had gefungeerd ; met juridisch ten onrechte verworven prestaties kan geen rekening worden gehouden. Vastgesteld wordt dat de overheid met dezelfde reden komt aandragen als o.m. in de gedingen VAN DEN ABEELE.

## § 5. De zaken De Meuter

270. Ook voor een goed begrip van het belang van de evolutie in de administratieve rechtspraak, volgt een chronologische weergave van deze zaken. Komt daar nog bij dat in deze zaak uiteindelijk de impliciete weigeringsbeslissing verzoekster te benoemen door de Raad van State is vernietigd geworden <sup>(880)</sup>.

Voor een gespecialiseerde betrekking in niveau I melden zich een aantal kandidaten aan. De benoeming van één ervan wordt vernietigd <sup>(881)</sup> omdat de verzoekende partij De Meuter grotere verdiensten heeft, feit dat door de jury ook zo is aangebracht en omdat de benoeming zonder deugdelijke motivatie daarvan afwijkt <sup>(882)</sup>. Uit het arrest is vooral op te maken dat slechts verzoekster had kunnen worden benoemd, zonder dat het arrest terzelfdertijd een rechtsplicht tot handelen vaststelt. In plaats van de verzoekende partij te benoemen als dat aan de overheid schriftelijk wordt gevraagd, verklaart zij de betrekking opnieuw vacant.

### 1. DE SCHORSING VAN DE VACATURE

271. Er wordt een verzoek tot schorsing ingediend tegen de beslissing tot vacantverklaring en tegen de impliciete weigeringsbeslissing de betrekking aan verzoekster toe te wijzen. Verzoekster voert de schending aan van het gezag van

---

<sup>880</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002, besproken onder de afdeling "Verdere evolutie in de rechtspraak van de Raad van State" randnrs. 401 e.v.

<sup>881</sup> R.v.St. nr. 57.931, DE MEUTER, 31 januari 1996.

<sup>882</sup> De Raad van State stelt vast dat verzoekster DE MEUTER een gunstige beoordeling kreeg, terwijl het oordeel over de benoemde, JANSSEN, veeleer negatief was. In verband met de diploma's werd een bijkomend diploma dat verzoekster had, ten onrechte door de jury niet vermeld; aangaande de ervaring viel niet af te leiden in welk opzicht de jury vond dat JANSSEN een grotere ervaring had, terwijl luidens het verslag de ervaring van verzoekende partij direct met de te begeven functie te maken had in tegenstelling tot de ervaring van JANSSEN die geen verband hield met de vacante betrekking.

gewijsde van het eerste arrest DE MEUTER <sup>(883)</sup>, onder meer geschraagd door het feit dat zij de meest geschikte kandidaat is, wat thans door de overheid niet meer kan betwist worden, en dat zij derhalve moet worden benoemd <sup>(884)</sup>.

272. De Raad van State herinnert er in zijn schorsingsarrest DE MEUTER nr. 64.979 <sup>(885)</sup> aan dat uit het vernietigingsarrest nr. 57.931 voor de overheid weliswaar niet de verplichting volgt om verzoekster in de omstreden betrekking te benoemen, nu de benoeming was vernietigd omdat ze niet op wettige motieven was gesteund, terwijl het beroep was verworpen in zoverre het gericht was tegen de weigering verzoekster de benoeming te verlenen.

Verzoekster had daartegenover gesteld dat, bij ontstentenis van benoemingsverplichting, de benoemingsprocedure na het voormelde arrest redelijkerwijze moest worden hernomen waar ze was ontspoord hetgeen betekent dat de overheid de aanspraken van de kandidaten op correcte wijze moest vergelijken en daarbij - gelet op het arrest - ontegensprekelijk tot de conclusie moest komen dat verzoekster de meest geschikte kandidate was en is. Bovendien waren er geen objectieve redenen die een nieuwe vacantverklaring verantwoordden.

De Raad van State herneemt in antwoord hierop nog eens zijn altijd ingenomen standpunt aangaande de uitvoering van een arrest <sup>(886)</sup> : behalve in uitzonderlijke gevallen, zoals bij

---

<sup>883</sup> R.v.St. nr. 57.931, DE MEUTER, 31 januari 1996.

<sup>884</sup> Dat schrijft zij aan de Minister : "...daar de keuze toch en ten onrechte op de benoemde is gevallen terwijl ondergetekende veel meer geschikt was voor de te begeven betrekking, zij de enige is die een annulatieberoep heeft ingesteld en derhalve haar rechtsaanspraken werkzaam heeft gehouden, treedt ondergetekende na dit proces te voorschijn als diegene die retroactief de te verlenen benoeming dient toegewezen te worden. De andere kandidaten zijn minder geschikt bevonden, een oordeel dat de overheid thans niet meer kan wijzigen ; de benoemde is minder geschikt bevonden dan ondergetekende. Alleen deze laatste kan derhalve benoemd worden." COORD:italic

<sup>885</sup> R.v.St. nr. 64.979, DE MEUTER, 5 maart 1997.

<sup>886</sup> Voor een omschrijving van de mogelijkheden na een arrest dat statueert over een beslissing genomen in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, zie vanaf randnr. 301 ; voor de mogelijkheden na



vlakke loopbaan, is de overheid niet verplicht een aangevatte benoemingsprocedure te voltooien en heeft zij na de vernietiging van een benoeming de keuze :

- hetzij de procedure te hernemen op het punt waar de onrechtmatigheid zich voordeed ;
- hetzij af te zien van de benoeming ;
- hetzij een nieuwe procedure in te zetten.

Echter, de keuze die het bestuur in de uitoefening van discretionaire bevoegdheid maakt, is hoe dan ook steeds een administratieve rechtshandeling en moet bijgevolg op deugdelijke motieven berusten. In de onderhavige rechtszaak had tegenpartij in de schorsingsprocedure de controle op de motieven onmogelijk gemaakt omdat ze het administratief dossier niet had overgelegd ondanks een uitdrukkelijk verzoek daartoe van het auditoraat.

De Raad van State overweegt in de schorsingsfase dat de verzoekende partij terecht kon stellen dat ze na het vernietigingsarrest nr. 57.931 de verwachting kon hebben dat, behoudens in het geval dat deugdelijke redenen dit in de weg stonden, de verwerende partij in het licht van dit arrest de vergelijking der aanspraken van de twee kandidaten voor de omstreden betrekking zou overdoen, ditmaal op een deugdelijke manier en aan de hand van die nieuwe vergelijking tot een nieuwe benoeming zou overgaan. De Raad van State nam aan dat de confrontatie met een totaal hernemen van de procedure zonder dat daar ook maar één woord uitleg voor wordt verstrekt, zwaar moreel krenkend is.

In verband met het ontbreken van elke uitleg stelde de tussenkomende partij dat, aangezien de vacantverklaring een nieuwe benoeming beoogde voor een termijn van 2 jaar, de motieven vanzelfsprekend waren en een uitdrukkelijke verwoording ervan niet noodzakelijk was, nu op een

vacantverklaring de uitdrukkelijke motiveringswet niet toepasselijk is <sup>(887)</sup>).

273. Een duidelijke stap in de richting van mèer rechtsbescherming <sup>(888)</sup> was derhalve de schorsing van de uit de oproep van de kandidaten in het Belgisch Staatsblad blijkende beslissing om de betrekking opnieuw vacant te verklaren <sup>(889)</sup>. Dat was zeker een stap voorwaarts ten opzichte van de vrij vaste traditionele rechtspraak die stelt dat de vacantverklaring beschouwd moet worden als een louter voorbereidende handeling die niet voor nietigverklaring vatbaar is <sup>(890)</sup> <sup>(891)</sup>. Echter, gelet op de spoed, is het inzonderheid de schorsing die nuttig effect sorteert ten aanzien van een beslissing tot vacantverklaring : op het ogenblik dat ten gronde over de vernietiging van een vacantverklaring uitspraak moet worden gedaan, is de benoeming immers reeds geschied en

---

<sup>887</sup> Aldus de materiële motivering en de formele motivering met elkaar verwarrend.

<sup>888</sup> Voor een bespreking van het begrip, zie S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 22-34, nrs. 10-15.

<sup>889</sup> R.v.St. nr. 64.979, DE MEUTER, 5 maart 1997.

<sup>890</sup> J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, o.c., 34, nr. 34.

<sup>891</sup> De tussenkomen partij bleef in de vernietigingsfase, derhalve nadat de oproep was geschorst, nog steeds verwijzen naar het feit dat de vacantverklaring geen aanvechtbare handeling is op grond van volgende rechtspraak : R.v.St., nr. 19.008, DURIEUX, 23 mei 1978 ; R.v.St. nr. 22.295, VAN DAELE, 1 juni 1982 ; R.v.St. nr. 25.251, RUY, 19 april 1995 ; R.v.St. nr. 25.594, DUPRIEZ, 30 juli 1985 ; R.v.St. nr. 26.015, MOTTARD, 8 januari 1986 ; R.v.St. nr. 26.381, BERLIZE, 22 april 1986 ; R.v.St. nr. 31.848, SUSSENAIRE, 25 januari 1989 ; R.v.St. nr. 38.264, LESSIRE, 4 december 1991 ; R.v.St. nr. 40.181, DE SCHAMPHELEIRE, 27 augustus 1992 ; R.v.St. nr. 40.705, VERTOMMEN, 12 oktober 1992 ; R.v.St. nr. 58.195 BOSSUYT, 19 februari 1996 („(...) Nu verzoeker opnieuw een kans op benoeming krijgt valt niet in te zien welk belang hij kan doen gelden om de tenuitvoerlegging van de vacantverklaring (...) te doen schorsen; in zoverre de vordering gericht is tegen de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van de vacature is zij niet ontvankelijk omdat een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad geen voor vernietiging vatbare uitvoerbare rechtshandeling is daar ze een voorbereidende handeling, voorafgaand aan een benoemingsbeslissing is ; (...)” ; R.v.St. nr. 62.554, WYSEURE, 15 oktober 1996. Waar de rechtspraak stelt dat een oproep op zichzelf geen rechtsgevolgen teweegbrengt en dus niet grievend is (R.v.St. nr. 25.821, ALENUS, 7 november 1985), of stelt dat de oproep geen definitief nadeel berokkent (R.v.St. nr. 25.547, CASSIMONS, 2 juli 1985), zijn wij van oordeel dat de oproep dat wel kan zijn in wat wij de “tweede fase” heten (vanaf randnr. 395), omdat de oproep dan eventueel het gezag van gewijsde van het vorig annulatiearrest negeert.

heeft het geen zin meer de beslissing tot vacantverklaring te vernietigen. Weliswaar kan de onwettigheid van de beslissing tot vacantverklaring nog worden aangevoerd als annulatiemiddel tegen de op die vacantverklaring gevolgde benoeming (<sup>892</sup>), maar dan is het te laat om de overheid te verplichten zich te plaatsen op het punt waar de procedure was ontspoord.

In het arrest nr. 94.652 (<sup>893</sup>) antwoordt de Raad van State op het argument dat de vacantverklaring slechts een voorbereidende rechtshandeling is, dat de bestreden beslissing niet enkel het vacant verklaren van een ambt inhoudt maar ook, en vooral, de beslissing om een lopende benoemingsprocedure af te breken en dat zulk een beslissing een griefhoudende eindbeslissing is.

De vacantverklaring in de zaak De Meuter was manifest onwettig : er was immers geen enkel motief voor opgegeven. De overheid had er blijkbaar geen ander dan per se de kandidate van haar keuze te benoemen ook al vermocht die minder aanspraken in te brengen. De beslissing houdende vacantverklaring schaadde verzoekende partij alleszins (<sup>894</sup>), daar ze verhinderde dat onmiddellijk werd overgegaan tot een vergelijking van verzoekster en van de kandidate wier benoeming vernietigd was. De overheid was er zich goed van bewust dat, ingeval ze zich zou hebben beperkt tot dit onderzoek, ze verzoekster moest benoemen, terwijl ze precies de kandidate wenste te houden die benoemd was geweest om redenen die met het

---

<sup>892</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 26.419 tot 26.423, DELVAUX en cs., 28 april 1986 (*T.B.P.* 1987, 452) : "Hoewel de onregelmatigheid van de voorbereidende benoemingsprocedure en van de oproep tot de kandidaten een motief tot vernietiging van de daarop volgende benoemingen kan uitmaken, vormen ze op zichzelf geen voor vernietiging vatbare administratieve rechtshandelingen".

<sup>893</sup> R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001.

<sup>894</sup> Men zou kunnen voorhouden dat die schadetoebrengende toestand slechts tijdelijk is omdat op de vacantverklaring een nieuwe benoeming moet volgen. De Raad van State antwoordt daarop dat de wijze waarop de overheid om onnaspeurbare redenen handelt, er doet aan twijfelen of ze een normaal gedrag zal volgen en dus dat het risico van het blootstaan aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aangenomen wordt (R.v.St. nr. 64.797, DE MEUTER, 5 maart 1997).

dienstbelang - zoniet totaal dan toch grotendeels - geen uitstaans konden hebben.

Bovendien hield de tussenkomende partij, onder verwijzing naar J. BAERT en G. DEBERSAQUES <sup>(895)</sup> in de vernietigingsfase voor dat betrokkene geen nadeel had geleden door de beslissing houdende vacantverklaring nu zij zich door haar kandidaatstelling precies op die vacantverklaring beriep. Een naar het ons voorkomt, absurd verweer omdat, wil een belanghebbende zijn kans op de vacantverklaarde betrekking vrijwaren, deze verplicht is zich kandidaat te stellen, ook al betwist de betrokkene de wettigheid van de vacantverklaring <sup>(896)</sup>.

De duidelijke bedoeling van de overheid verwerkelijkte zich : dezelfde candidate werd opnieuw benoemd. Dat verzoekster de meest geschikte was en dat dit in het arrest was vastgesteld, ging aan de overheid voorbij.

---

<sup>895</sup> J. BAERT en G. DEBERSAQUES, o.c., 204-205, nrs. 212-214.

<sup>896</sup> De rechtsonderhorige is er niet toe gerechtigd eigener gezag te oordelen dat op een onwettige vacature niet moet worden ingegaan, zie voetnoot 66 ; zie bijvoorbeeld ten aanzien van een oproep tot de gegadigden voor een examen : "Overwegende dat een oproep om deel te nemen aan een overheidsexamen een uitvoerbare administratieve beslissing is ; dat zulks voor een volgens die oproep in aanmerking komende kandidaat voor deelneming betekent dat, wil hij zijn kans op het door het examen te verkrijgen voordeel vrijwaren, hij in beginsel verplicht is aan de oproep gevolg te geven ook al betwist hij er de wettigheid van ; dat hij daartoe alleen dan niet gehouden is wanneer de oproep in zulke mate te zijnen opzichte onwettig is dat hij hem voor onbestaande mag houden ; Overwegende dat buiten betwisting staat dat verzoeker rechtmatig aan het examen deel kon nemen ; dat (...) hij dat niet heeft gedaan omdat hij de oproep tot het examen niet wettig achtte ; dat hij de reden waarom hij die mening was toegedaan, als annulatiemiddel uiteenzet ; dat (...) het zaak is uit te maken, niet of om de door verzoeker opgegeven reden de oproep inderdaad onwettig was, maar wel of om die reden de oproep te zijnen opzichte zo grof onwettig was dat hij hem voor onbestaande mocht houden ; (...) Overwegende dat een oproep tot kandidaten voor een examen plaats moet hebben overeenkomstig de desbetreffende wettelijke en verordenende voorschriften ; dat die voorschriften onder meer tot doel kunnen hebben dat de oproep duidelijk genoeg is opdat de potentiële kandidaten zich terdege rekenschap kunnen geven van hun kansen op succes en van de omvang van dat eventuele succes ; dat wanneer voorschriften met dat oogmerk niet worden nageleefd, het (hierboven) overwogene tot het volgende besluit moet leiden : aan degene die aan het examen niet heeft deelgenomen hoewel hij dat ontvankelijk kon doen, zal zijn niet deelnemen niet kunnen worden tegengeworpen, onder de dubbele voorwaarde dat, ten eerste, de bij de oproep begane onwettigheden een hoge graad van grofheid bereikten, ten tweede, ten gevolge van die onwettigheden de oproep een zo vertekend beeld gaf van zijn kansen op succes dat hij deze vrijwel voor onbestaande mocht houden ;" (R.v.St. nr. 51.625, MALSCHAERT van 14 februari 1995).

## 2. DE GESCHORSTE BESLISSING BLIJFT ONAFGEBROKEN UITWERKING HEBBEN

274. Ook de daaropvolgende benoeming werd aangevochten en - logischerwijze - opnieuw vernietigd (<sup>897</sup>) bij arrest van 7 oktober 1997, maar het feit van de vernietiging werd slechts op 31 maart 1998 in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Tot dan werkte diegene wier benoeming was vernietigd gewoon verder alsof er niets was gebeurd. Maar niet enkel tijdens die periode, ook na de bekendmaking van het annulatiearrest heeft zij onafgebroken verder gefungeerd in de betrekking waarin zij niet langer benoemd was.

Op 19 juni 1998 werd een nieuwe vacantverklaring gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Samen met de "oude" betrekking werd een tweede en totaal nieuwe betrekking vacant verklaard voor een kandidaat waarvan het profiel volledig bleek overeen te stemmen met dat van degene wier benoeming reeds tweemaal was vernietigd.

Na tussenkomst van de ombudsdienst bij de minister en bij de administratie blijft de administratie het argument hanteren dat - juridisch - een arrest kan worden uitgevoerd door de benoemingsprocedure volledig te herbeginnen. Die handelwijze leidt tot een opmerking en analyse in het jaarverslag van het College van de federale Ombudsmannen (<sup>898</sup>). Over de zaak DE MEUTER wordt daarin geschreven dat de ombudsdienst er de diensten (...) heeft op gewezen dat het tweede annulatiearrest vijf maanden na de uitspraak nog niet uitgevoerd was (...) en dat arresten ten laatste binnen de drie à vier maanden na notificatie ervan moeten worden uitgevoerd (...). Het verslag vermeldt voorts :

*"Uiteindelijk werd ons meegedeeld dat dit arrest zou uitgevoerd worden. Toen werd echter besloten over te gaan tot het openen van een nieuwe wervingsprocedure voor bedoelde*

---

<sup>897</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

<sup>898</sup> C.F.O., Jaarverslag 1998, 49.

*betrekking. Wij hebben de overheid eraan herinnerd dat de vorige beslissing tot het openen van een nieuwe wervingsprocedure door de Raad van State geschorst werd. Het komt ons voor dat opnieuw kan gezegd worden dat de verwachtingen van verzoekster geschonden werden, zodat haar rechten opnieuw geschonden werden"* <sup>(899)</sup>.

In antwoord op het bezwaar van De Meuter bij de Commissie voor werving en bevordering tegen de rangschikking van de kandidaten, antwoordt de commissie haar dat de

*"vorige arresten van de Raad van State werden onderzocht maar dat de rangschikking behouden blijft onder meer omdat de wervingsprocedure een zelfstandig verloop kende, los van de vorige vacatures (!) en er geen nieuwe elementen werden aangevoerd die van aard zijn om een gewijzigde beoordeling met betrekking tot uw kandidatuur uit te spreken".*

Een muur van onbegrip, waar er aan verzoekster De Meuter slechts wordt geantwoord dat zij het recht behoudt om tegen het nieuwe benoemingsbesluit beroep aan te tekenen bij de Raad van State... <sup>(900)</sup>. Er wordt dan nog eens vijf maanden gewacht om verzoekster op de hoogte te brengen van de beslissing van de commissie wat onder meer betekende dat de federale ombudsman bij de minister niet meer had kunnen tussenbeide komen vooraleer het benoemingsbesluit werd ondertekend.

275. Wat betreft de door de overheid aangevoerde redenen om een benoemingsprocedure totaal te herbeginnen, heeft de verwerende partij met betrekking tot de vacantverklaring de Raad van State schaakmat gezet. Er werd een bijkomende reden opgegeven om een nieuwe benoemingsprocedure in te stellen. De eerste reden was reeds bij de vorige vacature aangevoerd - niet in de schorsingsfase want daar werd geen enkele reden aangebracht en al evenmin een administratief dossier ingediend

---

<sup>899</sup> Idem. In dit jaarverslag komt een beschrijving voor van een ander dossier waarbij een verzoekende partij beroep deed op de ombudsdienst omdat tijdens de dwangsomprocedure tot uitvoering van een arrest van de Raad van State, de overheid "het nodig had geoordeeld om opnieuw in een vacature te voorzien". Dus blijkbaar, zelfs indien de overheid moet uitvoeren op straffe van een dwangsom, negeert zij een rechterlijke uitspraak.

<sup>900</sup> Brief van 29 april 1999 aan verzoekster DE MEUTER.

- waar in de vernietigingsfase werd geargumenteed dat over meer kandidaten moest kunnen worden geoordeeld. Thans wordt daarbij bovendien aangehaald dat door die nieuwe procedure de commissie "geactualiseerde dossiers" zal kunnen beoordelen, ofschoon de commissie de dossiers nog maar pas had beoordeeld. Evenzeer wordt niet ingezien wat er als "geactualiseerd" kan aangemerkt worden aan het dossier van diegene wier benoeming herhaaldelijk werd vernietigd.

### 3. VERDIENSTEN VERWORVEN OP GROND VAN EEN Vernietigde BESLISSING

276. Luidens een vaste rechtspraak mag geen rekening worden gehouden met verdiensten verworven tijdens het presteren op grond van een beslissing die door de Raad van State werd vernietigd <sup>(901)</sup>. De Raad van State oordeelt ook in die zin ter gelegenheid van zowel de schorsing als van de nietigverklaring van de vacantverklaring <sup>(902)</sup> ; verzoekende partij De Meuter kon terecht stellen dat ze de verwachting kon hebben dat de verwerende partij in het licht van het voorgaande arrest de vergelijking der aanspraken van de twee kandidaten zou overdoen en aan de hand van die vergelijking tot een nieuwe benoeming zou overgaan <sup>(903)</sup> maar zij kon vernemen, zoals reeds bij de vorige benoemingsrondes, dat diegene wier benoeming was vernietigd, opnieuw fungeerde. Haar concurrente wordt opnieuw voor de uitoefening van de betrekking in geschil aangewezen, maar neemt haar betrekking niet op, omdat ze verlof heeft aangevraagd om een andere betrekking waar te nemen.

---

<sup>901</sup> Zie vooral voetn. 932.

<sup>902</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

<sup>903</sup> Door nu het argument te gebruiken van de "geactualiseerde dossiers" werd de mogelijkheid geschapen aan een kandidaat die in 1992 onwettig werd benoemd, toe te laten tijdens de duur van de eerste onwettige benoeming (vier jaar) en tijdens de duur van de tweede onwettige benoeming, haar doctoraatswerk voort te zetten om dan uiteindelijk eventueel te kunnen kandideren met een doctoraat. Dit terwijl diegene die reeds van in den beginne beter werd bevonden door de jury en ondertussen erg gehandicapt was bij het voortwerken aan haar eigen doctoraat omdat de toegang tot de bronnen om haar wetenschappelijk onderzoek op te gronden, haar werd ontzegd, nog net geen doctoraat zou kunnen voorleggen. Het schrijven van een doctoraat maakte deel uit van de uitoefening van de functie.

De nieuwe benoeming kon hoe dan ook niet regelmatig zijn : indien bij dit besluit de ervaring van de jarenlang ten onrechte aangestelde niet had meegespeeld - wat juridisch overigens niet mag - was het besluit toch door diezelfde onwettigheid aangetast waarvoor het reeds tweemaal werd vernietigd want dan werd weer geen rekening gehouden met de grotere verdiensten van verzoekster De Meuter. Wordt met de ervaring wel rekening gehouden dan was de benoeming alleen al om die reden onwettig nu op ervaring, opgedaan ingevolge een vernietigde beslissing, bij de vergelijking van titels en verdiensten geen acht mag worden geslagen.

Het past in deze context van al dan niet rechtmatig verworven anciënniteit en ervaring, specifiek naar het dictum van het arrest DE RIDDER (<sup>904</sup>) te verwijzen ; zo vernietigt dit arrest een tijdelijke aanstelling, verleend in discretionaire bevoegdheid

*„in zoverre de op grond van die aanstelling geleverde prestaties in de concurrentiële verhoudingen tussen (x) en (verzoeker) aangehaald zouden kunnen worden in het nadeel van laatstgenoemde“.*

Als tweede motief voor de vacantverklaring - naast de mogelijkheid desgevallend over mèer kandidaten te kunnen oordelen - wordt opgegeven dat bij de vorige vacature de toen geldende beperking inzake leeftijdsgrens bij de toegangsvoorwaarden werd opgenomen en recente wettelijke bepalingen dergelijke beperking hebben verboden. Het is mogelijk, aldus de overheid, dat thans kandidaturen zouden worden ingediend door geïnteresseerden die voorheen waren uitgesloten ingevolge die leeftijdsgrens (<sup>905</sup>). Blijkbaar had de overheid ditmaal hardnekkiger gezocht naar een reden die plausibel zou klinken om de procedure van voren af aan te kunnen herbeginnen. Uit het voorafgaande moet ook voor een

---

<sup>904</sup> R.v.St. nr. 43.079, DE RIDDER, 25 mei 1993, noot J. BAERT, T.O.R.B. 1993-94, 59.

<sup>905</sup> Dat motief werd in de zaken BOURGEOIS ook gehanteerd. Het bleek uit de omstandigheden echter zo manifest onwaar te zijn, dat de Raad van State het helemaal niet heeft aanvaard, zie randnr. 340.



buitenstaander duidelijk blijken dat het hier geen wettig handelende overheid betreft ; bij de eerste benoeming heeft ze ostentatief de door een jury ten voordele van verzoekende partij uitgesproken appreciatie naast zich neergelegd terwijl ze bij de tweede benoeming ostentatief heeft gezwegen over de reden waarom ze niet wilde vergelijken tussen de twee kandidaten. In een tweede geding geeft ze als motief aan dat ze wil kunnen vergelijken tussen meer kandidaten. Wel blijft ze onderhand tussen de regels door te kennen geven dat ze toch opnieuw dezelfde zou benoemen. Het bijkomend aangehaald motief van de afschaffing van de leeftijdsgrens heeft haar een handje toegestoken om aan die nieuwe procedure een rechtmatig tintje te kunnen geven.

De Raad van State beschikte echter niet over voldoende gegevens om te stellen dat die aangehaalde reden een drogreden was : de overheid handelt in discretionaire bevoegdheid die onaantastbaar wordt geacht en uit respect waarvoor de Raad van State het overheidshandelen niet mag "kanaliseren", alleen de motieven ervan mag controleren.

277. De Raad van State stelt nu bij wijze van algemene overweging in het tweede schorsingsarrest dat hij niet kan oordelen dat de overheid de plicht heeft om haar keuze te beperken tot degenen die bij de vorige vacantverklaring regelmatig hebben gekandideerd. Hij zou dat wel kunnen, stelt hij, ingeval de overheid niet duidelijk maakt waarom zij ervoor gekozen heeft de benoemingsprocedure van voren af te herbeginnen in plaats van die weer op te nemen op het punt waar de door de Raad van State vastgestelde onregelmatigheid zich heeft voorgedaan. Wat de hierbovenvermelde motieven voor de vacantverklaring betreft, stelt de Raad van State in het tweede schorsingsarrest DE MEUTER dat die lijken te volstaan, ermee rekening houdend dat de overheid in beginsel vrij is de benoemingsprocedure te hervatten en dat er niet klaarblijkelijk redenen waren om de keuze te beperken tot degenen die ter gelegenheid van de vorige vacantverklaringen hadden gekandideerd (<sup>906</sup>).

---

<sup>906</sup> R.v.St. nr. 76.831, DE MEUTER, 10 november 1998.

De Raad van State stelt in dit schorsingsarrest - in tegenstelling tot het vorige schorsingsarrest voor dezelfde verzoekster - bovendien dat de beslissing tot vacantverklaring een louter voorbereidende handeling vormt en dat de vordering tot schorsing ervan niet ontvankelijk is(...).

Een onderzoek naar de motieven van de vacantverklaring lijkt enkel zinvol ingeval zou worden aangenomen dat de motieven moeten worden onderzocht om te weten of de vacantverklaring grievend is, in welk geval zij wel ontvankelijk kan worden bestreden en dus kan worden geschorst.

De vacantverklaring is grievend in het geval dat de overheid de plicht zou hebben om de verzoekende partij in de vacante betrekking te benoemen, of ingeval zij de plicht zou hebben om haar keuze te beperken tot de bij de vorige vacantverklaring regelmatig kandiderenden of nog indien de overheid niet duidelijk maakt waarom zij ervoor heeft gekozen de benoemingsprocedure te herbeginnen in plaats van die weer op te nemen op het punt waar de door de Raad van State vastgestelde onregelmatigheid zich heeft voorgedaan.

De beschouwingen rond de al dan niet aanvechtbaarheid van een vacantverklaring worden exhaustief aangehaald, omdat dit, zoals gezien bij het onderzoek naar de wijze waarop kan worden verhinderd dat de benoemingsprocedure wordt overgedaan, één van de aspecten vormt die aandacht verdienen : hoe de overheid er juridisch toe aanzetten de procedure te herbeginnen op het punt waar zij is ontspoord ?

Blijkbaar gedraagt de administratieve rechter zich enkel decisief wanneer de benoeming manifest onwettig is <sup>(907)</sup>, zo bijvoorbeeld in het arrest HALSBERGHE dat stelt :

*„indien een benoeming vernietigd werd omdat noch het administratief dossier noch de beslissing de motieven vermeldde waardoor de overheid werd geleid om een bepaalde kandidaat boven*

---

<sup>907</sup> in de zaak DE MEUTER was het wel duidelijk, maar niet (onmiddellijk) manifest.

een andere te verkiezen, moet enkel de benoemingsbeslissing opnieuw worden gedaan en niet de voorafgaande procedure <sup>(908)</sup>."

#### 4. DE WEIGERING REKENING TE HOUDEN MET DE RECHTSAANSPRAKEN OP ONDERZOEK OF OP BENOEMING WORDT BEST, VANAF DE TWEEDE IN DE OGEN VAN VERZOEKER ONWETTIGE BENOEMING, OOK IN SCHORSING AANGEVOCHTEN

278. Aangezien over de uitvoering van een arrest dat de aanspraken van een kandidaat miskend acht, gelet op de aard van de onwettigheid, best snel gestatueerd wordt <sup>(909)</sup>, is het alleszins voor dergelijke gevallen een zegen dat de schorsingsprocedure bestaat <sup>(910)</sup>, met de heroverwegingsmogelijkheid en het feit dat de zaak ten gronde binnen de zes maanden na het indienen ervan haar beslag kan krijgen <sup>(911)</sup>.

M.L. THOMAS stelt over de schorsingsprocedure : "*En évitant que l'Administration s'enlise dans des situations illégales, elle apporte également sa contribution à la solution des difficultés à l'exécution des arrêts*" <sup>(912)</sup>.

---

<sup>908</sup> R.v.St. nr. 40.883, HALSBERGHE, 29 oktober 1992. E. BREWAEYS "De rechter voor de rechter. Een overzicht van de rechtspraak van de Raad van State inzake benoemingen in de rechterlijke orde (1990-1995)", T.B.P. 1996, 191-197, nr. 6.

<sup>909</sup> De rechtsleer is van oordeel dat uit de dwangsomregeling volgt dat die termijn drie maanden bedraagt, zie randnr. 331.

<sup>910</sup> De Raad van State doet er ook van blijken die procedure haar volle effect te willen verlenen, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 83.360, VAN DONGEN, 9 november 1999 : "(...) ervan uitgaan dat een vordering tot schorsing niet meer ontvankelijk zou zijn als een arbeidsovereenkomst is ontstaan, zou tot gevolg hebben dat in de sector van benoemingen, waar de schorsingsprocedure zeker op haar plaats is en voor de rechtzoekende haar nuttig effect ten volle kan sorteren, in de praktijk een schorsing vrijwel steeds uitgesloten zal zijn, aangezien aangenomen kan worden en te vrezen valt dat in het geval een vordering tot schorsing is ingesteld de besturen de nodige spoed aan de dag zullen leggen om een arbeidsovereenkomst af te sluiten zodat de Raad van State niet meer de schorsing kan bevelen (...)".

<sup>911</sup> « *Maar de goede rechter is geen goede rechter meer wanneer hij te lang op zich laat wachten : « Il faut que la justice soit prompte. Souvent l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais » (Montesquieu)* ", geciteerd door J. BORRET in zijn woord vooraf bij E. LANCKSWERDT, Het administratief kortgeding, o.c.

<sup>912</sup> M.L. THOMAS, "Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative - Rapport Belge au I<sup>er</sup> Congrès de l'Association

279. Zoals onder de hoofding aangegeven, heeft een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een eerste benoeming in de regel weinig zin omdat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet aanwezig zal worden geacht <sup>(913)</sup>. Immers wordt nog slechts <sup>(914)</sup> geoordeeld dat aan deze schorsingsvoorwaarde is voldaan ten aanzien van een niet-benoeming die gepaard gaat met zeer bijzondere omstandigheden, zoals het feit dat een niet benoemde onder het (prangend) gezag van zijn gewezen mindere of van een buitenstaander <sup>(915)</sup> moet werken wat nog versterkt kan worden indien een eerdere benoeming van de meerdere werd vernietigd door de Raad van State <sup>(916)</sup>, indien het rolpatroon van de hiërarchische ondergeschiktheid mede door de bestreden benoeming wordt omgekeerd <sup>(917)</sup>, of indien de benoeming met een bijzondere

---

Internationale des Hautes Juridictions Administratives, tenu à Luxembourg les 15, 16 et 17 juin 1992", *A.P. (T)* 1992, 71-87 (87).

<sup>913</sup> Zie eveneens E. LANCKSWEERDT, *Het administratief kort geding, o.c.*, 127-129, nrs. 239-240 ; Ph. BOUVIER, "Le référé administratif", *Droit communal*, 1994, 200-228 ; A. COOLSAET, "Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen", *o.c. blzn.* 87-92, inzonderheid blz. 84 ; Voor een overzicht van de kortgedingprocedures, zie S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State, o.c.* 110-193, nr. 102-300.

<sup>914</sup> In tegenstelling tot wat door de Raad van State werd geoordeeld bij de aanvang van zijn schorsingsbevoegdheid. Jérôme SOHIER ziet ook een verschil tussen de rechtspraak van de Franstalige en die van de Nederlandstalige kamers van de Raad van State ("Forumshopping" bij de Raad van State : realiteit of waanidee ?", *Vl.Jurist* 1998, afl. 2-3, 19).

<sup>915</sup> R.v.St. nr. 62.887, WEEMAES, 31 oktober 1996.

<sup>916</sup> R.v.st. nr. 56.774, CONSTANDT, 11 december 1995.

<sup>917</sup> R.v.St. nr. 50.972, MARIEN, 23 december 1994 ; R.v.St. nr. 54.190, DEWINNE, 3 juli 1995 ; R.v.St. nr. 60.584, DEWINNE, 28 juni 1996 ; R.v.St. nr. 67.134, VANKERSCHAEVER, 30 juni 1997 (het ernstig moreel nadeel wordt aanvaard : door de bestreden beslissing wordt de verzoeker, ondervoorzitter van de Arbeidsrechtbank, voorbijgegaan door een rechter in diezelfde rechtbank die meteen zijn hiërarchische meerdere wordt) ; R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998 (het gegeven dat verzoeker voortaan zal moeten werken onder de leiding van een ambtenaar die voordien een hiërarchisch ondergeschikte was, kan als dermate vernederend worden beschouwd dat het morele nadeel dat hieruit voortvloeit niet geheel goed te maken is door een later annulatiearrest) ; R.v.st. nr. 108.366, ZEEUWS, 24 juni 2002.

publiciteit gepaard gaat die het aanzien danig aantast, die de niet-benoemde professioneel in diskrediet brengt (<sup>918</sup>).

Ook manifeste onwil om verzoeker te benoemen gekoppeld aan het gegeven dat de vergelijking van de aanspraken kennelijk onwettig is, kan het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel verschaffen (<sup>919</sup>).

280. Dat bestaan wordt ook aangenomen indien het ambt van verzoeker, ingeval de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij een eind wordt gemaakt aan zijn detachering niet wordt geschorst, aan een ander zal worden toegekend en hij bij vernietiging dat ambt niet wederom zal kunnen bekleden (<sup>920</sup>). Ook in het uitzonderlijke geval dat een ambtenaar onder het nieuwe ambtenarenstatuut zonder overgangsbepalingen geconfronteerd zou worden met een opmerkelijke verzwaring van de voorwaarden om voor het geambieerde ambt in aanmerking te komen, kan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel denkbaar worden geacht. In diezelfde geest is het zo dat het feit dat een niet-benoemde door de bestreden benoeming een kans verliest op een navolgende bevordering geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel teweegbrengt (<sup>921</sup>), doch dat dit anders wordt wanneer het om een definitief verlies van een benoemingskans gaat. Zo heeft de Raad van State aanvaard dat door de weigering om de procedure voor de toekenning van de vacante betrekkingen in te zetten, de verzoekende partij definitief dreigt de kans op bevordering te verliezen nu het statuut de mogelijkheid van een bevorderingsexamen voor die graad niet meer opneemt en de overheid gedurende twee jaar heeft verzuimd en blijft verzuimen deze procedure in te zetten (<sup>922</sup>). Een definitief verlies is

---

<sup>918</sup> Onder meer omdat hij zijn hoedanigheid van korpschef verliest (R.v.St. nr. 48.595, CLAESSENS, 12 juli 1994).

<sup>919</sup> R.v.St. nr. 51.155, SCHOLLAERT, 17 januari 1995.

<sup>920</sup> R.v.st. nr. 60.388, KLEIN, 24 juni 1996.

<sup>921</sup> Bijvoorbeeld R.v.st. nr. 44.789, WITTOECK, 29 oktober 1993.

<sup>922</sup> R.v.st. nr. 44.343, PETRE, 4 oktober 1993. Zie ook inzake het binnen een redelijke termijn afhandelen van de benoemingsprocedure, randnrs. 184-185.

niet gelijk te stellen met een zeldzame benoemingskans : als een betrekking wordt geambieerd die veeleer een zeldzame keer te begeven is, wordt zulks niet het gevolg geacht van de benoeming doch van de aard van de betrekking (<sup>923</sup>) al komt het voor dat dit argument in bepaalde gevallen toch een schorsing zou kunnen rechtvaardigen.

Wat reïntegratie betreft, kan dit argument doorgaans met succes worden aangevoerd om het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in een schorsingsprocedure te schragen, doch weliswaar niet in zijn algemeenheid. Zo kan de Raad van State alsdan oordelen dat, indien het annulatieberoep wordt ingewilligd, de verzoeker ingevolge een erga omnes geldend arrest op reïntegratie door de verwerende partij aanspraak zal kunnen maken en dat, zo de onverbrekkelijk met het dictum verbonden motieven van het vernietigingsarrest daartoe leiden, de verwerende partij gedwongen zal zijn zo te handelen alsof verzoeker nooit ontslagen is geweest (<sup>924</sup>). Diezelfde gedachtengang wordt gevolgd bij gebonden bevoegdheid : de verzoeker zal retroactief de geweigerde benoeming verwerven op grond van de vernietiging van de weigering hem te bevorderen (<sup>925</sup>).

281. Het enkele verlies aan ervaring is onvoldoende (<sup>926</sup>), zelfs ten aanzien van de functie van leidend ambtenaar (<sup>927</sup>)

---

<sup>923</sup> R.v.st. nr. 84.740, ADRIAENSEN, 18 januari 2000.

<sup>924</sup> R.v.St. nr. 39.731, STRUYE, 16 juni 1992.

<sup>925</sup> "Overwegende dat de niet-benoeming van verzoeker hem een direct nadeel berokkent dat erin bestaat dat hij een verlies lijdt in graadanciënniteit en in wedde; dat zoals de verwerende partij betoogt, dit evenwel geen moeilijk te herstellen nadeel is nu de geweigerde bevordering er één is die wordt verleend op basis van een gebonden bevoegdheid en verzoeker dus, bij eventuele vernietiging van de bestreden beslissing van 18 juli 1991 en van de weigering om hem te bevorderen, bij wege van rechtsherstel met terugwerkende kracht benoemd zal moeten worden en zodoende zowel de verloren graadanciënniteit als het financiële verlies hersteld zal worden;" (R.v.St. nr. 38.608, DE VOS, 28 januari 1992, overw. 2.2.3.).

<sup>926</sup> Zie R.v.St. nr. 82.285, JASSOGNE, 16 september 1999, verslag en advies J.F. NEURAY, J.T., 1993, 127-128 ; R.v.St. nr. 40.132, MERKEN, 15 september 1992 ; R.v.St. nr. 44.259, BRASSEUR, 28 september 1993 ; R.v.St. nr. 50.817, EECKHOUT, 20 december 1994 ; R.v.St. nr. 96.967, VAN

tenzij het om een heel specifieke <sup>(928)</sup> en snel voorbijgestreefde ervaring gaat <sup>(929)</sup> of de functie omwille van haar zeer gespecialiseerd karakter niet omwisselbaar is met andere functies <sup>(930)</sup> of de ervaring één van de benoemingsvoorwaarden is <sup>(931)</sup>.

In o.m. het arrest nr. 89.432 <sup>(932)</sup> wordt geoordeeld dat wanneer de benoemende overheid zich ertoe verplicht ziet een benoemingsprocedure na een vernietigingsarrest over te doen, ze bij de beoordeling van de kwalificaties en verdiensten van de kandidaten, in principe geen rekening mag houden met de ervaring die zij hebben opgedaan bij de uitoefening van de functies die inherent zijn aan de vernietigde benoeming <sup>(933)</sup>,

---

GINDERACHTER, 26 juni 2001 ; R.v.St. nr. 97.326, VAN DEN BERGHE, 29 juni 2001; anders R.v.St. nr. 44.407, DE SMAELE, 11 oktober 1993, ook voetrn. 932.

<sup>927</sup> Zoals inspecteur-generaal ; de Raad van State oordeelt dat het prestige intact blijft dank zij een delegatie van handtekening en bevoegdheid (R.v.St. nr. 63.819, CAUWENBERGH, 7 januari 1997) of zoals administrateur-generaal (R.v.St. nr. 84.740, ADRIAENSEN, 18 januari 2000).

<sup>928</sup> Maar ook ten aanzien van de specificiteit blijkt de Raad van State soms niet de niet-opgedane ervaring te aanvaarden, zie bijvoorbeeld R.v.st. nr. 108.557, REYNDERS, 28 juni 2002 : *"Overwegende dat de ervaring (die de aangestelde kandidaat) ingevolge zijn aanstelling zal kunnen opdoen in de betrokken functie niet in aanmerking mag worden genomen wanneer na een eventuele nietigverklaring van die aanstelling de overheid een nieuwe keuze zal moeten doen ; dat die ervaring of het ontbreken ervan bij verzoeker dan ook geen nadeel in de zin van de wet meebrengt ; dat het daarbij van geen belang is of die ervaring nu al dan niet specifiek is, aangezien zulks niets verandert aan het feit dat ze op onregelmatige wijze werd verworven."* Anders R.v.St. nr. 111.741, DELSAUT, 22 oktober 2002 waarin de Raad van State oordeelt dat de bevordering toelaat bevoegdheden uit te oefenen die duidelijk veel belangrijker zijn dan degene die aan de verzoekende partij zijn toegewezen terwijl het niet uitgesloten is dat hiermede rekening wordt gehouden bij een latere bevorderingsprocedure.

<sup>929</sup> R.v.St. nr. 38.707, VERHAMME, 10 februari 1992 (informatica), R.v.St. nr. 76.060, DEWULF, 1 oktober 1998.

<sup>930</sup> R.v.St. nr. 40.882, DE ROY, 29 oktober 1992.

<sup>931</sup> R.v.st. nr. 38.380, BORMS, 20 december 1991.

<sup>932</sup> R.v.St. nr. 89.432, JASSOGNE, 31 augustus 2000.

<sup>933</sup> De ervaring die door een ambtenaar is verworven op grond van een door de Raad van State vernietigde benoeming, mag in de regel niet in aanmerking worden genomen als motief voor de latere benoeming van die ambtenaar in een ander ambt, zie R.v.St. nr. 35.833, VAN CLEUVENBERGEN, 13 november 1990 ; R.v.St. nr. 37.238, WILLIOT, 18 juni 1991 ; R.v.St. nr. 40.312, MERKEN, 15 september 1992 ; zeker niet ingeval een verzoeker die de vernietiging verkreeg eveneens kandidaat was voor dat ambt, zie R.v.St. nr.

doch dat het echter een feit blijft dat het tengevolge van een fictie is dat de ambtenaar waarvan de benoeming wordt vernietigd, geacht wordt zijn functies niet te hebben uitgeoefend, terwijl de geweerde kandidaat daarentegen heel concreet de mogelijkheid werd ontzegd ze uit te oefenen. Zelfs wanneer niet expliciet gewag wordt gemaakt van de functies die werden uitgeoefend in het raam van de vernietigde benoeming, lijkt het moeilijk dat diegenen die de kwalificaties en verdiensten van dezelfde kandidaten opnieuw moeten beoordelen, helemaal geen rekening houden met de ervaring van de enen en het gebrek aan ervaring van de anderen in de desbetreffende functie.

Deze mogelijkheid, aldus deze rechtspraak, die niet louter hypothetisch of irrationeel is, vormt een risico voor een

---

41.827, VANDERSTRAETEN, 1 februari 1993 ; R.v.St. nr. 62.426, VAN DEN BULCK, 9 oktober 1996 ; R.v.St. nr. 63.625, BRUGGEMAN, 17 december 1996 ; R.v.St. nr. 75.273, ROBERT, 16 juli 1998 ; R.v.St. nr. 76.060, DEWULF, 1 oktober 1998 ; R.v.St. nr. 76.328, VAN GUCHT, 13 oktober 1998 (wordt er wel rekening mee gehouden, dan vormt het voor verzoeker een middel om opnieuw de vernietiging van de nieuwe benoeming na te streven); R.v.St. nr. 83.838, RAES, 6 december 1999 ; R.v.St. nr. 84.842, DEWIT, 25 januari 2000 ; R.v.St. nr. 86.249, MEEUS, 27 maart 2000 ; R.v.St. nr. 90.005, DETRY, 3 oktober 2000 ; R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002. Zie ook A. COOLSAET, *l.c.* 87-91 ; J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", *o.c.*, 114, nr. 13. Bij de aanvang van zijn schorsingsbevoegdheid sprak de Raad van State zich nogal eens ten voordele van het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uit omdat de verworven ervaring bij een herbeginnen van de bevorderingsprocedure toch in aanmerking zou kunnen worden genomen, ten minste in feite (R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990, *T.B.P.* 1990, 680, noot D. MAREEN, *A.P.(M)* 1990, 49 ; *J.L.M.B.*, 1990, 1056). Een voorbeeld van andersluidende, weliswaar (veel) vroegere, rechtspraak : Het arrest DE BRABANTER vernietigt de benoeming van de heer Freson tot hoofdgriffier van het arbeidshof. De benoeming geschiedde met schending van artikel 262 van het gerechtelijk wetboek, omdat de adviezen van de eerste voorzitter en van de hoofdgriffier niet waren ingewonnen (R.v.St. nr. 18.488, DE BRABANTER, 19 oktober 1977). Na de publicatie van het arrest gaven de gerechtelijke overheden een positief advies : gedurende de tijd die hij had doorgebracht in het arbeidshof, had de heer Freson de grootste voldoening gegeven. Hij werd op 9 februari 1978 opnieuw benoemd tot griffier aan het arbeidshof, wat alweer door de heer De Brabanter werd aangevochten. Die voerde aan dat het eerste annulatiearrest tot gevolg had dat de heer Freson geacht moest worden nooit griffier te zijn geweest voor de nieuwe benoeming van 9 februari 1978. Dientengevolge konden de diensten in die hoedanigheid verricht nooit in aanmerking worden genomen ter ondersteuning van de adviezen van de voorzitter en van de hoofdgriffier. De Raad van State antwoordde dat, was het waar dat door de retroactieve werking van het annulatiearrest de heer Freson niet beschouwd kon worden als griffier gedurende de periode voor de uitspraak, hij toch daadwerkelijk griffier was geweest aan het arbeidshof en de gerechtelijke overheden rekening mochten houden met die activiteiten om de kandidatuur van de heer Freson te beoordelen.



ernstig nadeel dat uit zijn aard moeilijk te herstellen is (<sup>934</sup>). De moeilijkheid dat reële gegevens buiten beschouwing moeten worden gelaten, zelfs indien zij juridisch gezien niet in aanmerking mogen worden genomen, krijgt, zo oordeelt de Raad, een bijzondere dimensie wegens het voortschrijden van de tijd en de gebeurtenissen die aan deze procedure voorafgingen (<sup>935</sup>). Ook in het arrest COENEN wordt geoordeeld dat het niet denkbeeldig is dat het bestuur bij een nieuwe benoeming met de onderwijs opgedane ervaring, vooral als zij specifiek is, rekening houdt in feite (<sup>936</sup>).

Dat er abstractie wordt gemaakt van de ervaring opgedaan op grond van de vernietigde benoeming, is niet discriminerend (<sup>937</sup>). Het abstractie maken van de ervaring betekent niet dat de intrinsieke kwaliteiten van de ten onrechte benoemde moeten uitgesloten worden indien zij losgemaakt kunnen worden van de onwettig uitgeoefende functie.

Doch wat de ervaring betreft, blijft het een feit dat de Raad van State het gemis eraan slechts zeer uitzonderlijk en op grond van een stringenter beoordeling dan voorheen, in aanmerking neemt.

282. Verscheidene keren heeft de Raad van State aangenomen dat het niet-slagen - mutatis mutandis toepasselijk op een selectieprocedure zoals bij benoemingen of aanstellingen wordt toegepast - een risico is dat inherent is aan elke selectie en deelname aan een examen en dat dit de deelnemers niet in diskrediet brengt (<sup>938</sup>) ; wie kandideert moet met de

---

<sup>934</sup> R.v.st. nr. 85.997, BLANPAIN, 15 maart 2000 ; R.v.St. nr. 94.077, BRABANT, 16 maart 2001 ; zie ook R.v.St. nr. 38.567, SPRUYT, 23 januari 1992 ; contra R.v.St. nr. 117.853, GEORGE, 2 april 2003.

<sup>935</sup> R.v.St. nr. 89.432, JASSOGNE, 31 augustus 2000, *T.B.P.* 2001, 408.

<sup>936</sup> R.v.St. nr. 51.409, COENEN, 30 januari 1995. Zie ook E. LANCKSWEERT, *Het administratief kort geding*, o.c. 127-129, nrs. 239-240 (129).

<sup>937</sup> R.v.St. nr. 97.847, JASSOGNE, 13 juli 2001.

<sup>938</sup> Zie A. COOLSAET, *Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen*, in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 1997, blz. 82, voetnoten 101 en 102.

teleurstelling van een eventuele mislukking rekening houden<sup>(939)</sup>.

Wie zich voor een benoeming in een openbaar ambt kandidaat stelt moet er rekening mee houden dat hij niet als de beste uitgekozen wordt, die vaststelling geldt ook wanneer hij wel als de beste wordt voorgedragen doch de benoemende overheid niet met die keuze akkoord gaat. Wijl de benoemende overheid haar besluit tot afwijzing moet motiveren, worden daarvoor soms minder lovende bewoordingen gebruikt ten aanzien van de afgewezen kandidaat<sup>(940)</sup>. Dit kan zeker een moreel nadeel teweegbrengen doch dit nadeel kan in de regel voldoende worden hersteld door de morele genoegdoening die een, overigens met terugwerkende kracht geldende, vernietiging van een benoeming verleent<sup>(941)</sup>.

283. Het moreel nadeel is uiteraard subjectief<sup>(942)</sup> doch sluit de beoordeling door de rechter niet uit, inzonderheid wanneer de gegevens die het moreel nadeel moeten staven, in feite als onbewezen moeten worden beschouwd<sup>(943)</sup>.

Slechts uitzonderlijk kan het moreel nadeel bij een eerste vordering tot schorsing enkel door de schorsing worden weggenomen of vermeden, met name als daarvoor specifieke

<sup>939</sup> R.v.st. nr. 90.005, DETRY, 3 oktober 2000 ; R.v.St. nr. 97.326, VAN DEN BERGHE, 29 juni 2001 ; R.v.St. nr. 103.485, VERRYDT, 11 februari 2002.

<sup>940</sup> R.v.st. nr. 121.013, HOOGHE, 26 juni 2003.

<sup>941</sup> A. COOLSAET, *Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen*, in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State, o.c.* (voor gevallen waarin het moreel nadeel niet wordt aangenomen), blzn. 78-83. Zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 56.778, AMYS, 11 december 1995.

<sup>942</sup> Een moreel nadeel is uiteraard subjectief, maar mag niettemin in aanmerking genomen worden tenzij wanneer het iedere geloofwaardigheid mist of niet aan een redelijk denkend en voelend persoon kan worden toegeschreven en op voorwaarde dat het bovendien aan de algemene eis van ernst en moeilijke herstelbaarheid voldoet (R.v.St. nr. 73.471, PAUWELS, 5 mei 1998).

<sup>943</sup> R.v.st. nr. 90.094, STERKENS, 9 oktober 2000 ; R.v.st. nr. 90.095, BLONDEEL, 9 oktober 2000.

redenen gelden (<sup>944</sup>) zoals het feit het voorwerp te zijn van verdachtmaking (<sup>945</sup>), afkeuring of minachting (<sup>946</sup>) of het feit dat de benoeming steunt op elementen die verzoeker in een slecht daglicht plaatsen (<sup>947</sup>), bijvoorbeeld omdat zijn integriteit in vraag wordt gesteld (<sup>948</sup>), of indien de benoemde bij de normale inwerkingtreding van de wet niet meer kon worden

---

<sup>944</sup> R.v.st. nr. 103.485, VERRIJDT, 11 februari 2002. Als een dergelijke specifieke reden kan niet gelden louter het feit dat de kandidaat teleurgesteld wordt in zijn rechtmatige verwachtingen ; het risico niet uitverkozen te worden is inherent aan alle kandidaatstellingen.

<sup>945</sup> Voer voor verdachtmakingen is, een zeer slecht resultaat op een mondelinge proef - zonder opgave van een deugdelijke reden - voor het begeven van één van de belangrijkste ambten binnen het gemeentebestuur ten overstaan van iemand die tot voor kort de persoonlijke secretaris van de toenmalige burgemeester is geweest en eerder wel geslaagd is in eenzelfde bevorderingsexamen (R.v.St. nr. 15 december 1998, DE TROYER, 15 december 1998).

<sup>946</sup> Ook voor gevallen waarin het nadeel niet wordt aangenomen : A. COOLSAET, *Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen*, in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State, O.c.*, blz. 81, vn. 95 ; R.v.st. nr. 67.994, HERMAN, 8 september 1997 ; R.v.St. nr. 74.111, MARCHAL, 4 juni 1998 : "(...)que le conseil de direction, lorsqu'il examine les candidatures, peut être amené à considérer qu'un candidat n'a pas toutes les qualités requises pour exercer l'emploi mis en compétition ; qu'il se conçoit qu'une telle appréciation soit péniblement ressentie par celui qui en est l'objet en soit considérée par lui comme vexatoire, c'est-à-dire contrariante ; qu'une telle appréciation, inhérente aux risques de toute compétition, ne peut être source de préjudice grave et difficilement réparable que si les propos tenus ont, à l'évidence, quant au fond ou quant à la forme, un caractère dénigrant(...) » ; R.v.st. nr. 90.095, BLONDEEL, 9 oktober 2000 ; R.v.st. nr. 97.326, VAN DEN BERGHE, 29 juni 2001.

<sup>947</sup> R.v.St. nr. 59.852, VELLEMAN, 4 juni 1996 ; R.v.St. nr. 63.438, HOFMANS, 5 december 1996 ; R.v.St. nr. 77.264, GEERINCKX, 27 november 1998 : "Considérant que l'acte contesté est de nature à porter atteinte à la réputation du requérant ; que, dans le contexte très particulier d'une affaire fortement médiatisée, une telle atteinte ne pourra pas être adéquatement réparée par un arrêt d'annulation » zie voor dezelfde overweging, R.v.St. nr. 67.675, LEGROS, 5 augustus 1997 ; R.v.St. nr. 68.464, VROOM, 26 september 1997 ; R.v.St. nr. 78.996, CHOFFRAY, 26 februari 1999 ; R.v.St. nr. 83.117, VERBEECK, 26 oktober 1999 ; R.v.St. nr. 93.386, DECORTE, 19 februari 2001 ; R.v.St. nr. 115.087, VERBRUGGHE en R.v.St. nr. 115.088, MICHEL, beide van 27 januari 2003. In het arrest RAES gaat het om mèer dan enkel om het in een negatief daglicht plaatsen : "qu'il est en effet établi que le requérant fait, depuis de nombreuses années, l'objet de dénigrement, de réprobation et même de mépris ; que de multiples accusations graves ont été portées contre lui, à tort ainsi qu'il ressort de la jurisprudence précitée ; que, tant que le requérant n'aura pas été réintégré dans son emploi antérieur ou, du moins, tant qu'il ne pourra occuper une fonction correspondant à son grade, cette campagne de dénigrement, de réprobation et même ce mépris persistera ; que ces éléments ne peuvent être mis à néant sans plus par un arrêt d'annulation » (R.v.St. nr. 44.291, RAES, 1 oktober 1993).

<sup>948</sup> R.v.st. nr. 93.386, DECORTE, 19 februari 2001.

benoemd terwijl de kandidatuur van verzoeker in aanmerking moest komen <sup>(949)</sup>, of indien de overheid manifest van slechte wil getuigt en een kennelijk onwettige beslissing heeft genomen <sup>(950)</sup> <sup>(951)</sup> of wanneer de beoordeling van de kandidaat erop neerkomt dat hij om redenen die zijn persoon betreffen ongeschikt wordt geacht om in de toekomst tot elke betrekking zoals die welke hij ambieert bevorderd te worden <sup>(952)</sup>. Een specifieke reden is ook het feit dat het benoemingsbesluit, om verzoekers kandidatuur uit te sluiten, stelt dat verzoeker zich zou hebben schuldig gemaakt aan "feiten hem onwaardig" en dat

---

<sup>949</sup> R.v.st. nr. 76.007, JACOBS, 30 juni 1998.

<sup>950</sup> R.v.St. nr. 51.155, SCHOLLAERT, 17 januari 1995. Zoals reeds gesteld heeft de Raad van State geoordeeld dat dit een typevoorbeeld is van overheidshandelen waarvoor op geen enkel ogenblik ook maar de minste verantwoording wordt verstrekt : geen verantwoording voor het feit dat geen gevolg wordt gegeven aan de interne oproep, geen verantwoording voor het gegeven dat van een interne naar een externe oproep wordt overgeschakeld, geen verantwoording voor het feit dat een oproep gelanceerd met het oog op werving uitloopt op een tijdelijke aanstelling, geen verantwoording voor de omstandigheid dat een vacante betrekking slechts tijdelijk wordt toegewezen, geen verantwoording voor het maken van de keuze voor andere kandidaten terwijl de verzoeker die personeelslid is van verwerende partij, niet verkozen werd. De Raad van State aanvaardt de thesis van verzoeker dat de manifeste onwil om hem te benoemen hem een zwaar moreel nadeel toebrengt.

<sup>951</sup> Het arrest DE HONDT heeft het o.m. over een kennelijke dwaling omtrent de beoordeling (R.v.st. nr. 91.258, DE HONDT, 30 november 2000). Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt door de Raad van State als volgt omschreven : *"Overwegende dat het gevaar voor een moeilijk te herstellen ernstig nadeel evenwel geval voor geval moet worden onderzocht, rekening houdend met de toedracht van de zaak ; dat verzoeker in casu sinds januari 1993 adjunct-administrateur van de Dienst is en gedurende meer dan twee jaar het ambt van administrateur-generaal heeft uitgeoefend ; dat hij niet het recht kon vorderen om tot administrateur-generaal te worden benoemd, maar zulks des te meer terecht kon hopen, aangezien hij zijn ambt blijkbaar tot ieders tevredenheid heeft uitgeoefend ; dat de omstandigheid dat hij wordt afgewezen ten gunste van een gegadigde die niet zijn ervaring (...) heeft en boven hem komt te staan, door hem als pijnlijk kan worden ervaren ; dat derden in principe niet weten hoe de benoemingsakte precies is gesteld, zodat, zelfs als de bewoordingen ervan los van hun context niet denigrerend zijn voor verzoeker, het toch aannemelijk is dat zowel de personeelsleden van de dienst als zijn externe gesprekspartners de afwijzing, waarvan ze de precieze redenen niet kennen, als een ter discussie stellen van zijn capaciteiten beschouwen ; dat daarbij nog komt dat verzoeker en de tussenkomenende partij nagenoeg even oud zijn, zodat hij mogelijk definitief de kans mist om nog ooit te worden benoemd ; dat uit al die gegevens blijkt dat het morele nadeel dat verzoeker heeft aangevoerd, als ernstig kan worden beschouwd ; dat, gelet op het gewicht van de voldongen feiten, een vernietigingsarrest niet voldoende zou zijn om dat nadeel goed te maken."*

<sup>952</sup> R.v.st. nr. 121.013, HOOGHE, 26 juni 2003. Zie ook R.v.St. nr. 43.535, MERCKX, 29 juni 1993 in welke zaak de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen ook geschorst is.

er gegevens zijn die hem "totaal ongeschikt maken voor het te begeven ambt" (<sup>953</sup>). Indien een ambtenaar steeds de beoordeling "zeer goed" verkreeg, nooit werd terechtgewezen en toch ongeschikt werd bevonden voor het uitoefenen van een leidend ambt wordt hierbij zijn integriteit als ambtenaar in vraag gesteld en komt dergelijke beoordeling zeer denigrerend over voor verzoeker terwijl ze hem daardoor in sterke mate stigmatiseert zodat zulk een moreel nadeel enkel door een schorsing kan worden wegggenomen of vermeden (<sup>954</sup>).

Inzake de benoeming van rechters en andere leden van de magistratuur, oordeelt de Raad van State dat, zoals dat systeem door de Grondwet zelf is geconcipieerd, het blijk geeft van de bedoeling om de verantwoordelijkheid daarvoor grotendeels in handen te geven van een bij de Grondwet ingesteld college; dat met dit voor ogen de afwijzing door de uitvoerende macht van een verzoekende partij, die door de benoemingscommissie van de Hoge Raad, (...) tweemaal als de meest geschikte wordt beschouwd, voor haar wel moest overkomen als een vernedering, gelijk te stellen met een blijk van afkeuring of minachting ; dat dit des te meer het geval was bij de tweede afwijzing, dus nadat de benoemingscommissie uitdrukkelijk bevestigd had dat in haar ogen verzoekster de meest geschikte is en dat zulks een belangrijk moreel nadeel betekent (<sup>955</sup>). Ook inzake een benoeming tot rechter wordt ter schraging van het nadeel aanvaard, het feit dat verzoekster zou moeten adviezen uitbrengen ten behoeve van haar concurrente en daarbij haar onervarenheid zal moeten opvangen hetgeen zij uitermate krenkend en frusterend noemt en het vernederend vindt door de benoemende overheid te worden achteruitgesteld tegenover een persoon met in haar werkomgeving minder bekende titels en

---

<sup>953</sup> R.v.st. nr. 118.420, BOELAERT, 16 april 2003. Mede het feit dat op eenzijdige wijze over een kandidaat informatie verzameld werd, grotendeels ongunstig, om ze op een ongeschikt ogenblik in de benoemingsprocedure te brengen terwijl het feit dat die informatie werd gevraagd aan personen, vreemd aan de procedure is ook van aard om verdenkingen te zaaien omtrent verzoeker.

<sup>954</sup> R.v.st. nr. 93.386, DECORTE, 19 februari 2001.

<sup>955</sup> R.v.st. nr. 102.712, BEERENS, 21 januari 2002.

verdiensten zodat het vermoeden kan ontstaan dat andere negatieve gegevens de benoemende overheid ertoe gebracht hebben haar niet te benoemen, terwijl de annulatiemiddelen klaarblijkelijk tot de vernietiging van de bestreden beslissing zullen leiden.

De Raad van State verwijst naar het arrest SCHAUTTEET <sup>(956)</sup> waarin wordt aangenomen dat het niet aangaat dat een verzoekende partij de nadelige gevolgen van een door haar aangevochten beslissing zou moeten ondergaan in afwachting van een vernietigingsarrest dat welhaast onvermijdelijk lijkt te zijn <sup>(957)</sup>.

Dat een ambtenaar steeds in een bepaalde betrekking werkzaam was, er sedert de oppensioenstelling van de vorige directeur de leiding van het bureau had en zonder deugdelijke motivering moet wijken voor een kandidaat die nooit in dat bureau werkzaam is geweest, maakt een bijzondere omstandigheid uit die een groot risico op een moeilijk te herstellen ernstig moreel nadeel doet ontstaan <sup>(958)</sup>. De overplaatsing en de wijziging van de taakhoud kunnen door de collega's worden geïnterpreteerd als een sanctie voor onbekwaamheid wat de eer en reputatie zou aantasten en dit nadeel zou niet door de annulatie kunnen worden goedge maakt in de mate dat het gedurende geheel de vernietigingsprocedure zou worden gedragen <sup>(959)</sup>. Een wijziging van de organieke personeelsformatie die er blijkt op gericht te zijn een ambtenaar te treffen en zijn reffectatie in een andere, weliswaar qua graad en wedde evenwaardige, betrekking wordt geschorst indien de context dusdanig is dat de Raad van State niet inziet hoe zelfs een later vernietigingsarrest voldoende zal zijn om als gevolg van

---

<sup>956</sup> R.v.St. nr. 64.381, SCHAUTTEET, 5 februari 1997.

<sup>957</sup> R.v.St. nr. 82.644, BOGAERT, 4 oktober 1999 : een zeer gunstig advies over de kandidatuur van verzoekster, alleen een gunstig advies over de kandidatuur van de benoemde kandidaat terwijl niet eens bekend is om welke redenen de benoemende overheid van het advies is afgeweken, laat staan dat zou blijken dat de overheid daar bijzonder stringente redenen toe had.

<sup>958</sup> R.v.St. nr. 85.430, BRAUWERS, 21 februari 2000.

<sup>959</sup> R.v.St. nr. 75.125, DEVENYNS, 15 juli 1998.

het voortduren van de schande en verdachtmakingen het ernstig nadeel dat verzoeker als gevolg van de bestreden beslissing ondergaat, alsdan nog te kunnen goedmaken <sup>(960)</sup>.

284. Het hangt van de context af of een terbeschikkingstelling naar een andere dienst een bron van ernstig en moeilijk te herstellen ernstig moreel nadeel kan zijn. Indien deze maatregel onzekerheid over de verdere tewerkstelling met zich brengt na jarenlang presteren in dezelfde dienst en dus een brutaal afbreken van de beroepsloopbaan inhoudt, kan dergelijke fundamentele ingreep in zowel de beroeps- als de persoonlijke situatie - ook al wordt er aan de graad noch de wedde geraakt - een schorsing verantwoorden <sup>(961)</sup>.

285. Zoals aangehaald wordt de vordering tot schorsing slechts in de "tweede fase" <sup>(962)</sup> raadzaam geacht, want de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing om een gegadigde niet te benoemen, zou aan deze de benoeming die hij betracht niet toekennen en zou de overheid niet verplichten om opnieuw over de eventuele bevordering van verzoeker te beslissen.

Zo ook is het feit dat voorlopige maatregelen zijn gevorderd om de directieraad te bevelen om bijeen te komen, zonder invloed op de ontvankelijkheid van de vordering aangezien de beslissing om verzoeker niet te bevorderen hoe dan ook blijft voortbestaan tot de uitspraak van een eventueel vernietigingsarrest <sup>(963)</sup>.

286. Er moet bij de vordering tot schorsing van een beslissing genomen ter uitvoering van een annulatieberoep dat een benoeming vernietigt, ter schraging van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zeer concreet, met tastbare gegevens

---

<sup>960</sup> R.v.st. nr. 83.191, VANGOIDSENHOVEN, 25 oktober 1999.

<sup>961</sup> R.v.St. nr. 90.338, VAN SNICK, 23 oktober 2000.

<sup>962</sup> Vanaf randnr. 395.

<sup>963</sup> R.v.St. nr. 66.492, THUNUS, 30 mei 1997.

waarvan het bestaan wordt aangetoond of voldoende aannemelijk wordt gemaakt, de elementen van het nadeel en de context waarin het zich afspeelt, worden geschetst (<sup>964</sup>).

287. Belangrijk is het arrest STERCKX waar de Raad van State in de schorsingsfase rekening houdt met een voorgaande benoemingsprocedure bij het beoordelen van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel : het feit dat een verzoeker na de vernietiging van de bevordering waarvoor hij kandidaat was, genoodzaakt wordt een nieuw vernietigingsberoep in te stellen om de correcte uitvoering te verkrijgen van het vernietigingsarrest, wordt in redelijkheid beschouwd als een ernstig moreel nadeel dat niet door een vernietigingsarrest kan hersteld worden (<sup>965</sup>). Dit arrest vindt navolging in het arrest PEETERS (<sup>966</sup>) en dezelfde gedachtengang wordt aangehouden in de arresten MERCKX (<sup>967</sup>).

Ook in het schorsingsarrest DE MEUTER, waar weliswaar niet een benoeming maar een oproep tot de kandidaten wordt bestreden, wordt het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvaard op de grond dat verzoekster mocht verwachten dat de overheid na een vernietigingsarrest, in het licht daarvan de vergelijking van de aanspraken van verzoekster en van haar concurrente zou overdoen, aan de hand daarvan opnieuw zou benoemen en dat door zonder motivering de procedure volledig te

---

<sup>964</sup> Datzelfde geldt uiteraard voor de omschrijving van de geschonden geachte wettelijke bepalingen, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 44.689, MELS en WEEMAES, 25 oktober 1993 : "(...) dat een verzoeker zich derhalve, (...) bij het formuleren van zijn middelen tot het essentiële moet beperken, hetgeen impliceert dat hij zeer nauwkeurig moet aanvoeren welke precieze rechtsregel of rechtsprincipe hij geschonden acht en al even nauwkeurig moet vermelden waarin de schending precies bestaat", coornoot D. LINDEMANS, "Administratief kort geding : een stap terug ?", Rec.Arr. R.v.St. 1994, 2-4. coorZie ook F. VANDENDRIESSCHE, "De verplichting tot het aanvoeren van duidelijk geformuleerde middelen en de exceptio obscuri libelli voor de Raad van State", C.D.P.K. 2000, 372-376 ; coorzie I. LEYSEN, "Le référé administratif : chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'Etat", A.P. (T), 2/2000, 83-166 (137-140).

<sup>965</sup> R.v.St. nr. 85.746, STERCKX, 1 maart 2000.

<sup>966</sup> R.v.St. nr. 91.271, PEETERS, 4 december 2000.

<sup>967</sup> R.v.St. nrs. 43.535 en 43.536, MERCKX, 26 juni 1993 die zoals eerder aangegeven, de impliciete weigeringsbeslissing verzoekster te benoemen schorsen.



hernemen, verzoekster zich zwaar moreel gekrenkt mag noemen (<sup>968</sup>). Doch deze rechtspraak die een oproep schorst blijft vrij alleenstaand in geval van discretionaire bevoegdheid (<sup>969</sup>).

288. In tegenstelling tot wat bij een eerste aanstelling (<sup>970</sup>) of benoeming geldt, kan derhalve bij de daaropvolgende beslissingen wel ook een moreel moeilijk te herstellen ernstig nadeel worden aanwezig geacht, zo in het arrest nr. 97.202 (<sup>971</sup>) :

*"Overwegende dat een verzoekster die met succes tot twee maal toe bij de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van besluiten tot aanstelling van een concurrent in de door verzoekster beoogde betrekking en die in de voorliggende vordering ten derde maal hetzelfde ernstig middel betreffende - onder meer - de materiële motiveringsplicht doet gelden, die aldus moet vaststellen dat de verwerende partij er, voorliggende vordering inbegrepen, tot drie maal toe niet in slaagt om de vermeend betere aanspraken van haar concurrent de toets van de schorsingsprocedure te doen doorstaan waardoor alleen verzoekster op grond van de selectieprocedure zowel voor de oorspronkelijk bestreden aanstelling als voor de intermediaire aanstellingen geschikt werd bevonden, in zulke omstandigheden*

---

<sup>968</sup> R.v.st. nr. 64.979, DE MEUTER, 5 maart 1997.

<sup>969</sup> Zie randnr. 203.

<sup>970</sup> Wat het nadeel aangaat dat voor een geweerde kandidaat voortspruit uit een zuiver tijdelijke aanstelling, wordt hierdoor in de regel geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel teweeggebracht, zie R.v.St. nr. 49.422, DE RIDDER, 4 oktober 1994 ; R.v.St. nr. 71.513, DEMIRCIOGLU, 3 februari 1998 ; R.v.St. nr. 88.210, DUBETZ, 22 juni 2000 : "Overwegende dat het verlies van een preciaire aanstelling, hoe lang die ook heeft geduurd, op zich genomen niet als een ernstig nadeel kan worden beschouwd, aangezien men wat precair is niet met zekerheid kan behouden; dat verzoeker trouwens in essentie het verlies van zijn middelen van bestaan aanvoert, maar het nadeel dat hij op financieel vlak lijdt - nadeel dat in principe niet moeilijk te herstellen is - niet concreet maakt, laat staan aantoon dat hij door de bestreden beslissingen in een toestand van sociale uitsluiting terechtkomt; dat in dit verband inzonderheid kan worden aangestipt dat verzoeker geen stukken voorlegt op basis waarvan een vergelijking zou kunnen worden gemaakt tussen zijn inkomen nu - niet alleen als tijdelijk assistent, maar ook als uitbater van zijn bedrijfje - en het te verwachten inkomen na het verlies van zijn inkomen als tijdelijk assistent - mogelijk ten dele gecompenseerd door een vervangingsinkomen; dat verzoeker door geen concreet cijfermateriaal voor te leggen de Raad van State niet de mogelijkheid biedt de ernst van het door hem geleden nadeel in te schatten"; R.v.St. nr. 94.370, FREDERIX, 27 maart 2001 ; R.v.St. nr. 114.024, GALOWICH, 20 december 2002.

<sup>971</sup> R.v.st. nr. 97.202, AUDENAERDE, 28 juni 2001.

*een ernstig moreel nadeel lijdt waarvan zij niet moet verdragen het te blijven ondergaan totdat na verloop van de annulatieprocedure ten gronde uitspraak wordt gedaan; (...)”.*

Nadat een eerste aanstelling van een concurrent alsmede de weigering verzoeker die aanstelling te geven door de Raad van State was vernietigd (<sup>972</sup>), en de overheid overging tot een nieuwe aanstelling van dezelfde persoon, alweer in de plaats van verzoeker, schorst de Raad van State deze nieuwe aanstelling (<sup>973</sup>). De Raad van State overweegt dat :

*“normaal het gebrek aan stabiliteit van een tijdelijke aanstelling uitsluit dat het verlies van zulk een aanstelling een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan veroorzaken ; dat echter juist een “prioritair tijdelijk personeelslid” wel een zekere stabiliteit geniet, (...) dat derhalve het voor de hand liggende materieel en moreel nadeel dat verzoeker aan een opzegging wegens niet voldoen verbindt, als ernstig en moeilijk te herstellen beschouwd kan worden ; dat de verwerende partij de Raad niet van het tegenovergestelde overtuigt ; dat ze ten aanzien van het materieel nadeel precies het argument gebruikt dat alleen voor een gewone tijdelijke aanstelling volle gelding heeft, te weten dat “verzoeker slechts tijdelijk aangesteld was en op het einde van het schooljaar telkens het risico liep niet meer aangesteld te worden” ; dat ze het moreel nadeel “waarschijnlijk” noemt, maar herstelbaar; dat ook hier de verwerende partij maar gevolgd zou kunnen worden wanneer het een gewone tijdelijke aanstelling betrof”.*

Bij een tweede benoeming van dezelfde persoon na vernietiging door de Raad van State van diens eerste benoeming wordt ten aanzien van het moreel nadeel in het arrest MEEUS (<sup>974</sup>) geoordeeld :

---

<sup>972</sup> R.v.st. nr. 44.013, JANSSENS, 14 september 1993.

<sup>973</sup> R.v.st. nr. 60.853, JANSSENS, 10 juli 1996. De geschorste beslissingen worden vernietigd bij arrest nr. 64.598, JANSSENS van 18 februari 1997. Na dit schorsingsarrest heeft de overheid opnieuw dezelfde persoon aangesteld ; deze beslissing wordt bij arrest nr. 67.853, JANSSENS van 29 augustus 1997 vernietigd samen met de in deze beslissing geïmpliceerde weigering verzoeker in de genoemde betrekking aan te stellen. Zie ook, ten opzichte van een benoeming, R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998 waarin de Raad van State de door verzoeker gegeven omschrijving van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel bijtreedt.

<sup>974</sup> R.v.st. nr. 91.992, MEEUS, 8 januari 2001.

"Overwegende dat het moreel nadeel dat door verzoeker wordt ingeroepen door hem gegrond wordt op het feit dat de overheid heeft gepoogd door een onwettige ingreep de op zijn verzoek vernietigde benoeming (...) toch te handhaven en dat ingevolge de indiening door zijn toedoen van verzoekschriften bij de Raad van State de spanning tussen hem en (de benoemde) nog groter is geworden en nog moeilijker te herstellen is dan bij de vorige benoeming ; dat verzoekers uitleg als plausibel voorkomt wanneer hij stelt dat het moreel nadeel om te moeten werken onder de directe leiding en het gezag van (de benoemde) wiens benoeming vernietigd werd en die opnieuw op onregelmatige wijze lijkt benoemd te zijn en derhalve verzoeker zelf een kans ziet teloorgaan op een benoeming ; dat hij immers niet moet dulden dat die voor hem ongunstige toestand blijft bestaan totdat een later tussen te komen annulatiearrest hem eventueel in het gelijk stelt (...)".

Uiteraard wordt geschorst indien de overheid blijft dezelfde onwettige aanstelling verlenen :

« ook al heeft de thans aangevochten benoeming plaatsgevonden na een procedure die van het begin af aan is overgedaan wegens de onregelmatigheden die tijdens de vorige benoemingsprocedure waren vastgesteld, dat niet wegneemt dat verzoeker voor de vierde keer » - in casu voor de zesde keer - « geweerd wordt, tijdelijk of blijvend, als directeur van het « Conservatoire royal de musique de Liège » en het aannemelijk is dat deze vierde » - zesde - « afwijzing aangevoeld wordt als een aantasting van zijn prestige en zijn reputatie en bijgevolg de oorzaak is van een moeilijk te herstellen ernstig moreel nadeel (...) »<sup>(975)</sup> <sup>(976)</sup> .

"Overwegende dat de omstandigheid dat verzoeker geen tijdelijke aanstelling in het onderwijs krijgt, op zich weliswaar geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is, maar dat het dit wel wordt wanneer hij drie jaar na elkaar geen betrekking krijgt en de Raad van State nog een uitspraak heeft kunnen doen over de verschillende door hem ingediende beroepen tot nietigverklaring ; dat de omstandigheid dat belanghebbende aanhoudend uit zijn werkkring wordt gehouden om redenen waarvan

---

<sup>975</sup> R.v.St. nr. 75.779, JANSSENS, 16 september 1998.

<sup>976</sup> R.v.St. nr. 93.316, JANSSENS, 15 februari 2001. In het schorsingsarrest nr. 107.828, JANSSENS van 14 juni 2002 verwijst de Raad van State naar de overwegingen in het arrest nr. 93.316 en oordeelt dat er niet mag worden verondersteld dat de leeftijd van de verzoeker, zolang hij niet pensioengerechtigd is, zou verhinderen hem de beoogde betrekking toe te vertrouwen.

de wettigheid sterk in twijfel wordt getrokken, voor hem een moeilijk te herstellen ernstig nadeel inhoudt" (<sup>977</sup>).

289. De Raad van State blijkt deze redenering ten aanzien van de eerste beëindiging van ook "gewone" tijdelijke aanstellingen te hanteren, toch indien die aanstellingen, zoals in hierboven vermelde zaak AUDENAERDE het geval was, perspectieven verschaffen met het oog op benoeming :

"Overwegende dat het waarnemen van een betrekking geen waarborg biedt voor een latere benoeming in die betrekking en dat het vacant worden van de betrekking waarin verzoeker waarnemend is aangesteld niet vaststaat ; dat verzoeker evenwel bij zijn verzoekschrift stukken heeft gevoegd die het laatstgenoemde feit minstens zeer aannemelijk maken en die verwerende partij niet ontkracht door de enkele verklaring dat het om speculaties gaat ; dat de Raad aanvaardt dat verzoeker een reële verwachting mag koesteren dat de door hem waargenomen betrekking op of kort na 1 september 2003 vacant wordt verklaard ; dat voorts het feit zelf van de waarneming -"met hart en ziel" volgens verzoeker en daarin niet tegengesproken door de verwerende partij die bovendien de gehechtheid van verzoeker aan het gemeenschapsonderwijs ter terechtzitting uitdrukkelijk bevestigt- verzoeker terecht mag doen hopen een kans op die welbepaalde benoeming te hebben ; dat het mislopen van een loutere kans op benoeming in beginsel geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt ; dat te dezen evenwel uit het verzoekschrift en uit verzoekers betoog ter terechtzitting is gebleken welk wezenlijk moreel belang, niet eender welke kans op benoeming als directeur, maar die welbepaalde benoeming in de betrekking te Hasselt voor verzoeker heeft ; dat verzoeker zonder bekwaamheidsattest voor die welbepaalde benoeming niet in aanmerking kan komen ; dat dan toch, in de concrete omstandigheden van de zaak, aanvaard kan worden dat verzoeker de voorlopig vastgestelde onwettigheid niet moet ondergaan tot aan de afloop van de annulatieprocedure ; dat om die redenen het aangevoerde nadeel ernstig en moeilijk te herstellen is" (<sup>978</sup>).

---

<sup>977</sup> R.v.St. nr. 69.485, FRUMER, 6 november 1997. Diezelfde tekst in het arrest nr. 69.500, COLET, 7 november 1997, in welke zaak verzoeker bovendien ontslagen werd en moeilijk nog een betrekking in het onderwijs zou vinden.

<sup>978</sup> R.v.st. nr. 119.019, WIJNANTS, 6 mei 2003.

Inzake teloorgegangene vooruitzichten op vaste benoeming, kan ook worden verwezen naar de eerdere arresten GIELIS <sup>(979)</sup> en MESSENS <sup>(980)</sup>; het arrest GIELIS stelt :

"Overwegende dat het nadeel dat voor een geweerde sollicitant voortspruit uit een zuiver tijdelijke aanstelling normaal niet als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschouwd kan worden ; dat verzoekster echter het tegenovergestelde niet beweert, dat zij een band legt tussen de door haar bestreden tijdelijke aanstelling en haar aanspraken op vaste benoeming, welke aanspraken die aanstelling in de weg staat ; dat een zodanig nadeel wel ernstig is ; dat de vraag is of het ook moeilijk te herstellen is ; dat een vernietiging van de bestreden tijdelijke aanstelling moet leiden tot een reconstructie van verzoeksters carrière ; dat mogelijk, maar niet zeker die reconstructie ook haar vaste benoeming zal dienen te omvatten ; dat die mogelijkheid echter wel groot is, daar, zoals verzoekster betoogt zonder door de verwerende partij te worden tegengesproken, indien zij de omstreden tijdelijke aanstelling had gekregen, zij vrijwel genoeg anciënniteit zou hebben opgebouwd om overeenkomstig de artikelen 30 en volgende van het decreet van 27 maart 1991 te solliciteren naar een vaste benoeming ; dat dus zeer reële kansen op vaste benoeming door de bestreden beslissing in het gedrang komen ; dat mede in acht genomen het vooralsnog duidelijk gebrek aan ernst van de bestreden beslissing, het zaak is het uitzicht op vaste benoeming van verzoekster te behoeden door de gevorderde schorsing ; (...) " ; <sup>(981)</sup> .

---

<sup>979</sup> R.v.St. nr. 54.496, GIELIS, 12 juli 1995.

<sup>980</sup> Zie ook R.v.St. nr. 40.738, MESSENS, 13 oktober 1992 : "Overwegende dat het nadeel dat voor de geweerde kandidaat voortspruit uit een zuiver tijdelijke aanstelling normaal niet als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschouwd kan worden ; dat verzoeker echter het tegenovergestelde niet beweert, dat hij een band legt tussen de door hem bestreden tijdelijke aanstelling en de nakende vaste benoeming ; dat wanneer verzoekers verwachting uitkomt dat de tijdelijke aanstelling van France SPRINGUEL zal overgaan in een vaste benoeming, verzoeker de schorsing van de tenuitvoerlegging van die vaste benoeming zal kunnen vorderen ; dat weliswaar de Raad ook zou kunnen overwegen toch maar reeds de tijdelijke aanstelling te schorsen wanneer vrijwel vaststond dat de vaste benoeming erop zal volgen".

<sup>981</sup> In diezelfde gadachtengang kan naar het arrest DEVOS worden verwezen : „ (...) dat verzoekster als moeilijk te herstellen ernstig nadeel onder meer doet gelden dat haar door de bestreden beslissing een vaste benoeming, waarvoor zij aan de voorwaarden voldeed, onmogelijk wordt gemaakt, terwijl inmiddels andere gegadigden in haar plaats in aanmerking zullen komen om als vast benoemden in de academie aan het werk te gaan; Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat verzoekster "niet gerechtigd is op een vaste benoeming, en zij niet naar voldoening aannemelijk maakt - en kan maken - dat zij vast benoemd zou zijn geworden, ware de bestreden beslissing niet tussengekomen"; Overwegende dat het bestreden ontslag, als gezien, geen

Ook wordt inzake tijdelijke aanstellingen het nadeel geredelijker aanvaard indien de verzoekende partij de plaats moet ruimen voor een ander en alzo werkloos wordt (<sup>982</sup>) of indien de tijdelijke aanstelling na verloop van bijna twee jaar beëindigd wordt en in haar plaats een ander personeelslid tijdelijk wordt aangesteld (<sup>983</sup>).

290. Bedoeld wordt met het in kortgeding aanvechten van de nieuwe overheidshandeling na een vernietigde benoeming, de gewone vordering tot schorsing, niet de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid (<sup>984</sup>) : die procedure kan slechts worden aangewend in die enkele zeldzame gevallen dat het spoedeisend karakter, ofwel voor iedereen duidelijk is, ofwel door verzoeker duidelijk wordt aangetoond aan de hand van precieze en concrete gegevens. De verzoeker moet bij die laatste procedure dus geloofwaardig maken dat, wordt de

---

*gewoon ontslag van een tijdelijk personeelslid is maar te situeren valt in het kader van een procedure tot vaste benoeming; dat de gemeenteraadsbeslissing (...) voorts stelt dat verzoekster de voorwaarden vervult om vast benoemd te worden; dat aldus reële kansen op een vaste benoeming van verzoekster door de bestreden beslissing in het gedrang komen; dat het betoog van verzoekster bijgevolg mag worden bijgevalen; dat het nadeel ernstig en moeilijk te herstellen is;"* (R.v.St. nr. 113.615, DEVOS, 12 december 2002).

<sup>982</sup> R.v.st. nr. 45.913, VERVAET, 1 februari 1994 : in dit geval waren de kansen van de niet heraangetelde om een soortgelijke betrekking te vinden bijna onbestaande geworden, wat de vaststelling van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel vergemakkelijkt. De Raad van State oordeelt "dat de zwaarwichtigheid van die gegevens niet ontkracht wordt doordat, toch naar de verwerende en de tussenkomende partij verklaren, verzoekers' niet-heraanstelling niet zo onverwacht was." Zie voor een gelijkaardige gedachtengang ook het arrest SMETS : "(...)dat de thesis van de verwerende partij niet kan worden aanvaard, vermits de bestreden beslissing wel degelijk tot gevolg heeft dat verzoekster haar beroep niet langer kan uitoefenen en het feit dat haar betrekking lerares wiskunde nog "als het ware" te harer beschikking staat feitelijk onjuist is aangezien zij definitief ongeschikt is verklaard om die opdracht effectief uit te voeren ; dat aanvaard kan worden dat voor iemand die van haar werk houdt - wat in dit geval blijkt uit het verslag over de wijze waarop verzoekster haar nieuwe opdracht vervulde - en wier tewerkstellingskansen wegens gezondheidsredenen beperkt zijn, het verlies van de betrekking waarin zij wedertewerkgesteld was, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te berokkenen" (R.v.St. nr. 79.121, SMETS, 4 maart 1999).

<sup>983</sup> R.v.st. nr. 81.416, DEHOUX, 29 juni 1999.

<sup>984</sup> Bijvoorbeeld S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, Kluwer, Recht en praktijk, 2003, 194-198 nrs. 301-310 ; 201-214 nrs. 320-353.

vordering onderzocht volgens de gewone schorsingsprocedure, de schorsing te laat zou komen of hij het beoogde doel niet kan bereiken <sup>(985)</sup>. Dit is wat het benoemingscontentieux betreft, alleszins niet het geval indien de termijnen van afwikkeling van de benoemingsprocedure zodanig zijn dat een benoeming normalerwijze in uitzicht mag worden gesteld na de behandelingstermijn door de Raad van State van de gewone schorsingsprocedure <sup>(986)</sup>. Zou de verzoekende partij echter niet meer kunnen kandideren indien de gewone schorsingsprocedure wordt gevolgd, dan kan een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wel zinvol zijn <sup>(987)</sup>.

In de zaak TOLEDO <sup>(988)</sup> worden de beslissingen aangevochten waarbij de Commissie voor de benoemingen en de aanwijzingen van de Hoge Raad voor Justitie weigert de kandidatuur van verzoekster voor te stellen, waarbij de Koning dit voorstel aanvaardt en derhalve weigert verzoekster te benoemen. De Raad van State oordeelt dat ingeval van schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, verzoekster zich geen nieuwe weigeringsbeslissing kan tegengesteld zien die de motieven van het schorsingsarrest zou miskennen ; ook bestaat de mogelijkheid dat verwerende partij ertoe beslist de benoemingsprocedure te hernemen op het punt waar ze is misgelopen. De gewone schorsingsprocedure zou niet een nieuwe

---

<sup>985</sup> Het aanwenden van deze procedure is maar toelaatbaar wanneer de uiterst dringende noodzakelijkheid ofwel voor zichzelf spreekt ofwel door de verzoekende partij zo overtuigend is gestaafd dat de Raad het bestaan ervan kan erkennen zonder ernstig risico voor de rechten van verdediging en voor de minimale eisen voor de deugelijkheid van een onderzoek van een zaak waarin de uitvoerbaarheid op het spel staat van een administratieve beslissing die per definitie het algemeen belang raakt (R.v.St. nr. 40.203, VENNOOTSCHAP NAAR ITALIAANS RECHT JCOPLASTIC, 1 september 1992 ; R.v.St. nr. 52.297, WEEMAES, 20 maart 1995). Zie ook R.v.St. nr. 119.660, BOELAERT, 22 mei 2003.

<sup>986</sup> Bijvoorbeeld indien de kandidaturen kunnen ingediend worden binnen een termijn van twee maanden te rekenen vanaf de bekendmaking van de vacante betrekking (R.v.St. nr. 65.345, THIJS, 19 maart 1997).

<sup>987</sup> Zie bijvoorbeeld in het domein van de overheidsopdrachten het arrest nr. 73.042, N.V. WATCO REMEDIATION SERVICES, 14 april 1998 in welke zaak met het schorsingsarrest bij uiterst dringende noodzakelijkheid betracht werd verzoekende partij in de mogelijkheid te stellen mede te dingen, gedachtengang die kan worden getransponeerd op het benoemingscontentieux, zie de zaak TOLEDO in de volgende voetnoot vermeld.

<sup>988</sup> R.v.st. nr. 120.391, TOLEDO, 11 juni 2003.

publicatie van de resterende vacante betrekkingen kunnen verhinderen. Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aanvaard omdat verzoekster noch voorgesteld noch benoemd is ondanks de overblijvende vacatures en dit twijfel over haar competentie kan zaaien wat specifiek inzake de functie van rechter haar professionele toekomst kan hypothekeren. Belangrijk is dat bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing wordt bevolen van de weigering verzoekster te benoemen.

In het arrest MOEYERSOEN wordt geoordeeld dat de uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden gegrond op het gegeven dat de tussenkommende partij enkele dagen later de eed als notaris zou afleggen ; een schorsing strekt er immers toe de effectieve uitvoering van de bestreden beslissing te voorkomen en de eedaflegging maakt de effectieve uitoefening van het omstreden ambt mogelijk en zelfs verplicht <sup>(989)</sup>. Dat laatste oordeelt het daaropvolgend arrest MOEYERSOEN ook <sup>(990)</sup> ; het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is gelet op de zeer specifieke omstandigheden van de zaak aanvaard geworden, met name hoopte de verzoeker benoemd te worden als notaris in de standplaats waar zijn familie sedert meerdere generaties dat ambt uitoefende en waar hijzelf zijn stage had vervuld zodat hij vertrouwelijke contacten kon aanknopen met het vaste cliënteel van het kantoor. Zijn situatie werd geacht niet te kunnen gelijkgesteld worden met de situatie van de gegadigden voor onverschillig welk openbaar ambt.

Het arrest AUDENAERDE <sup>(991)</sup> wijst ook een vordering ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid toe, mede gelet op het vorig schorsingsarrest gewezen op vordering van dezelfde verzoekster

---

<sup>989</sup> R.v.st. nr. 84.650, MOEYERSOEN, 13 januari 2000.

<sup>990</sup> R.v.st. nr. 86.405, MOEYERSOEN, 30 maart 2000.

<sup>991</sup> R.v.st. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001.



*"aangezien de in (het vorig (<sup>992</sup>) schorsingsarrest onderkende reële kansen op een vaste benoeming in een vacante betrekking nog verder in het gedrang komen door het in de voorliggende beslissing impliciet maar zeker besloten nalaten van de verwerende partij om verzoeksters aanspraken nog tijdens het lopende academiejaar aan een nieuw onderzoek te onderwerpen".*

Zelfs wordt uitzonderlijk (<sup>993</sup>) de nakende pensioenleeftijd aanvaard ter beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel (<sup>994</sup>) :

*"(...) dat die arresten alle gewezen zijn op vordering van Fernand SEVERAIN ; dat in die omstandigheden niet kan worden beweerd dat verzoeker geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zal lijden door de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling omdat hij binnen minder dan twee maanden op pensioen wordt gesteld ; dat het immers aan verwerende partij is toe te schrijven dat verzoeker zich in zulk een situatie bevindt ; Overwegende dat in dit geval, gelet op verzoekers pensionering op 1 april 1994, een vernietigingsarrest de door verzoeker geleden morele schade niet op afdoende wijze kan herstellen aangezien de beslissing over de zaak zelf, wegens de reglementaire termijnen die bij de bodemprocedure zelf moeten worden in acht genomen, hoe dan ook niet zal worden gewezen voor de pensionering ; dat hem op dat ogenblik bovendien door de verwerende en tussenkommende partij zal worden tegengeworpen dat hij geen belang meer heeft bij zijn beroep ten principale (...)".*

Een laatste kans op bevordering tot een bepaalde graad of op aanwijzing voor een mandaat (<sup>995</sup>) kan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaken (<sup>996</sup>) .

---

<sup>992</sup> R.v.st. nr. 93.940, AUDENAERDE, 13 maart 2001.

<sup>993</sup> Bijvoorbeeld niet : R.v.St. nr. 60.327, NOLARD, 19 juni 1996 (52 jaar) ; R.v.st. nr. 72.114, LELIEVRE, 27 februari 1998 (57 jaar). Er wordt geoordeeld dat een vervroegde pensionering op zestig jaar een vrije keuze van verzoeker is en er geen rekening kan worden gehouden met die aspecten van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel die door het eigen toedoen van verzoekende partij zijn veroorzaakt, bijvoorbeeld R.v.St. nr. 46.162, PERSOONS, 22 februari 1994.

<sup>994</sup> R.v.St. nr. 46.106, SEVERAIN, 15 februari 1994. Zie ook de zaak GODIN waar het element leeftijd in aanmerking wordt genomen (R.v.St. nr. 75.056, GODIN, 14 juli 1998).

<sup>995</sup> R.v.st. nr. 116.059, LAMBERT, 18 februari 2003 : *"Considérant que le requérant est aujourd'hui âgé de 51 ans ; que la désignation attaquée vaut pour cinq ans (...) et, sauf incident majeur, elle est renouvelable pour la même durée ; qu'il n'est pas déraisonnable de penser qu'en vue de sauvegarder les objectifs atteints par le titulaire, les cas de non renouvellement seront*

291. Zonder schorsingsbevoegdheid van de Raad van State zou de verzoekende partij De Meuter misschien langer dan 15 jaar in gedingen verwickeld zijn geweest, vooraleer ze bij vernietigingsarrest het resultaat zou kennen van de drie benoemingsprocedures (met inbegrip van de beslissingen tot vacantverklaring). Verzoekster had *rechtmatige verwachtingen* om in 1992 benoemd te zijn ; tien jaar later worden die verwachtingen in een annulatie omgezet (<sup>997</sup>).

## § 6. De zaak DELA RUELE (<sup>998</sup>)

292. Deze zaak, van 1983 daterend, is een minder recent maar duidelijk voorbeeld van de omstandigheid dat een verzoekende partij blijkbaar blijvend kan geweerd worden. Ter verduidelijking de retro-acten : een verzoeker wordt vijf opeenvolgende malen ten onrechte niet aanbevolen door het bevorderingscomité. De vijfde keer stelt hij een annulatieberoep in, waarna de Raad van State de bestreden benoemingen vernietigt omdat het bevorderingscomité de titels en verdiensten niet naar behoren heeft vergeleken en niet is aangetoond dat dit comité kennis had van de bijzonder gunstige beoordelingen van verzoeker.

---

*rares ; que le jour où un éventuel arrêt d'annulation pourrait intervenir, la grande majorité sinon tous les emplois de Chef de zone risquent d'être pourvus par une première désignation ou un renouvellement ; (...) qu'enfin l'âge du requérant à cette date est susceptible de jouer en sa défaveur, s'il est dans les conditions pour bénéficier d'un régime spécial de pension anticipée ».*

<sup>996</sup> R.v.st. nr. 53.653, FRANCOIS, 12 juni 1995 ; R.v.St. nr. 59.063, DEMETS, 15 april 1996 ; R.v.St. nr. 59.463, MINCKE, 30 april 1996 ; R.v.st. nr. 68.212, JACOBS, 17 september 1997. Zie I. OPDEBEEK, "Levert het niet-slagen in een (ambtenaren)examen een moeilijk te herstellen ernstig nadeel op ?", T. Gem. 2003, 140, noot bij R.v.St. nr. 114.935 van 23 januari 2003 : "dat het examen een unieke kans betekent om statutair benoemd te geraken en voor voor bevordering in aanmerking te komen, dat het immers 20 jaar geleden is dat de gemeente een dergelijk examen heeft georganiseerd en dat ernstig te verwachten valt dat het nog eens zo lang zal duren vooraleer zich een nieuwe kans voordoet om te slagen".

<sup>997</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002

<sup>998</sup> R.v.St. nr. 23.783, DELA RUELE, 8 december 1983.

Ter uitvoering van het arrest wordt voor verzoeker een nieuwe signalementsnota en een bevorderingsvoordracht opgesteld : hij wordt als uitstekende kandidaat aangemerkt. Het bevorderingscomité buigt zich over verzoeker en over de andere kandidaten wier benoeming vernietigd was. Alle kandidaten worden geschikt geacht voor benoeming en allen worden in éénzelfde groep voorgedragen. De minister deelt mee dat 15 betrekkingen kunnen worden toegewezen en de leden van het comité stellen bij geheime stemming de 15 kandidaten voor wier benoeming eerst vernietigd was geworden. Ze worden weer benoemd en zelfs met terugwerkende kracht, terwijl verzoeker niet wordt benoemd.

De Raad van State overweegt in een tweede arrest dat ingeval de leden van het bevorderingscomité kennis hebben kunnen nemen van alle gegevens nopens alle kandidaten en hun advies hebben gegeven, de Raad van State niet in de plaats van het bevorderingscomité de beoordeling kan doen. De eerste keer was het onderzoek der titels en verdiensten ondeugdelijk, op grond waarvan de Raad van State vernietigt. De daaropvolgende keer - uitvoering arrest - wordt het overheidsonderzoek door de Raad van State deugdelijk bevonden alleen omdat alle gegevens bekend waren.

Daarbij rijzen de volgende vragen : wat was de reden waarom verzoeker - als iemand wiens kandidatuur "zeer gunstig" werd beoordeeld en die als een uitstekende kandidaat werd aangemerkt - niet benoemd werd ? Waarin was hij minder goed dan de anderen ? Waren dat dan mèèr dan uitstekende kandidaten ? Wat ze bijkomend konden inbrengen bleek toch nergens uit ?

We schrijven 1983 en dat is het tweede arrest aan te zien. Doorgaans was er toen zo geen doorgedrongen motievencontrole van de Raad van State. Het is moeilijk aan te nemen dat de administratieve rechter zich beperkt tot het oordeel zich niet in de plaats van de overheid te kunnen stellen, indien die rechter uiteindelijk zelf niet in de mogelijkheid werd gesteld te onderzoeken waarom de één wel en de ander niet is benoemd. Het is niet voldoende vanuit het oogpunt van de motieven te

weten of te kunnen veronderstellen dat de overheid met kennisname van alle gegevens heeft geoordeeld, er moet door de rechter ook kunnen worden nagegaan hoe die kennis door de overheid is geapprecieerd geworden. Dat zijn elementen van de rechtsstaat : de rechtzoekende moet de motieven kennen om ze eventueel te kunnen bekritisieren. Doet hij dat, dan moet de rechter ze kennen om uit te maken of die kritiek al dan niet terecht is.

293. Dit tweede arrest is een voorbeeld van een rechterlijke toetsing die alleen kennelijk onwettige beslissingen zou sanctioneren terwijl ondertussen toch maar niet bekend is welke de beweegredenen zijn van de bestreden beslissing. Eerst dient toch, het zij herhaald, de feitelijke en de juridische juistheid van de motieven te worden gecontroleerd. De rechtspraak heeft haar toetsing terzake verfiijnd. Terecht, want met uitspraken zoals hierbovenvermelde kan onwettig handelen blijven voortbestaan. Verzoeker wist na de zesde bevorderingsronde nog steeds niet waarin hij, die bijzonder gunstig beoordeeld was, tekort kwam om bevorderd te worden. Het auditoraatsverslag (<sup>999</sup>) bevond het middel van de ondeugdelijke vergelijking van titels en verdiensten wel gegrond omdat niet was aangetoond dat het bevorderingscomité rekening had gehouden met de aanvullende gegevens die ter uitvoering van het annulatiearrest met betrekking tot verzoeker waren aangebracht.

Altijd omwille van de gedachte dat het bestuur mogelijks andere redenen heeft om de enig mogelijke of de minstens zeer goede gegadigde niet te benoemen, houdt de Raad van State de redenering aan dat bij ontstentenis van die redenen, hij niet mag oordelen in welke zin moet worden gehandeld. De overheid kan in theorie altijd nog iets achter de hand hebben en daarom blijft de administratieve rechter overwegen, niet te kunnen stellen dat er maar één, of welke de rechtmatige oplossing van het geding is. Dat de administratieve rechter in een eerste

---

<sup>999</sup> Van huidig Eerste Voorzitter van de Raad van State W. DEROOVER.

geding openlaat dat er niet veropenbaarde motieven kunnen zijn, kunnen we nog aannemen maar niet wanneer er geen motieven worden opgegeven en niet meer wanneer de benoeming opnieuw heeft plaatsgevonden. Indien het enige wat de verwerende partij ter uitvoering van het arrest te doen staat, is, de motieven van haar beslissing onder woorden te brengen, veronderstelt de weigering de motieven van een beslissing te doen kennen een hoge graad van willekeur die, aldus de Raad, van een partij die een openbare dienst verzekert, niet verwacht mag worden (<sup>1000</sup>).

### ***AFDELING 3 : Toch een rechtsplicht ?***

294. Laten we de zaak DE MEUTER hernemen. Het ogenblik van vergelijking van de titels en verdiensten zou, wil de Raad van State dat absoluut niet doen na de eerste vernietiging, dan toch na de tweede vernietiging moeten worden "bevroren". Het kan toch niet opgaan dat een kandidate die - zo blijkt uit de omstandigheden zoals zij bevestigd zijn in de volgende procedures DE MEUTER - aangesteld had moeten worden en die alzo al haar kansen qua doctoraat had kunnen benutten, door een onwettige overheidsbeslissing na jaren procederen, ontberen van het prestige dat de ten onrechte benoemde bezit, van financiële middelen (<sup>1001</sup>), van wetenschappelijke documenten, moet vaststellen dat geen enkele rechter haar de plaats die haar rechtmatig toekomt kan geven ? Het zou betekenen dat de overheid kan blijven weigeren wettig te handelen en dat niemand dat juridisch zou kunnen verhinderen. Het komt ons voor dat dit onverenigbaar is met de rechtsstaat. Precies daarom verschaft de oplossing van de verderop besproken zaak VAN POUCKE (<sup>1002</sup>),

---

<sup>1000</sup> R.v.St. nr. 30.299, D'HULST, 14 juni 1988.

<sup>1001</sup> Verzoekende partij had een tijdelijk contract tot eind oktober 1999, waarna zij terug, indien zij werk zou vinden, moest starten aan de beginwedge of minder.

<sup>1002</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

thans gedeeltelijk bevestigd door het apart besproken <sup>(1003)</sup> arrest DE MEUTER <sup>(1004)</sup>, zoveel als gerechtvaardigd voorkomend rechtsherstel. Het heeft de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in de hand gewerkt dat de overheid de procedure in de zaak VAN POUCKE heeft hernomen waar ze fout is gelopen. Het was een feit dat de twee kandidaten waartussen moest worden vergeleken allebei, hangende de procedure, gepensioneerd waren. Nu er door de overheid met terugwerkende kracht rechtsherstel werd verleend zou het moeilijk zijn geweest zich niet tot die twee kandidaten te beperken.

Kan er niet worden geoordeeld door de Raad van State dat de overheid zich MOET plaatsen op het punt waar zij ontspoord is ? Waarom haar al die ruimte laten ? Mislukte poging ? De overheid kan rechtmatig zeggen niets meer te zullen doen. Er is een onevenwicht in de situatie waarbij de overheid zich niets gelegen laat aan rechtmatige aanspraken van kandidaten, indien zijzelf maar onrechtmatigheden kan plegen. Net zoals in het geval waarbij de geadministreerde een fout maakt waarvoor hij dan de gevolgen moet dragen, net zo moet de overheid in zekere zin de gevolgen dragen van een fout die zij maakt. Dat ze er één begaat, wordt haar niet ten kwade geduid voor zover ze opnieuw kan beginnen. Maar onduldbaar is doelbewust blijven fouten maken. Van juridische misstappen is niemand gevrijwaard. Zich in het rechtssysteem niet willen inschakelen, is het risico lopen gedwongen te worden of binnen het recht te handelen of niet meer te kunnen handelen. In het geval DE MEUTER staan we voor zulk een overheid.

295. In een dergelijk geval kan naar onze mening worden gesteld dat het bestuur :

- de intentie had te benoemen doordat ze de procedure heeft ingezet en effectief tot benoeming is overgegaan. Die intentie ligt vast, is op regelmatige wijze tot stand gekomen en kan

---

<sup>1003</sup> Verdere evolutie in de rechtspraak van de Raad van State, randnr. 401 e.v., meer specifiek randnr. 406 en randnr. 413.

<sup>1004</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002, na de neerlegging van de thesis tot stand gekomen.

nadien niet meer worden gewijzigd. Er kan op de intentie tot benoemen niet meer worden teruggekomen ;

- heeft benoemd op onwettige wijze en de Raad van State heeft geoordeeld op welk punt die benoeming onwettig was. Alleen op dat punt heeft de overheid armslag en kan zij pogen de fout te herstellen door zich te plaatsen in de omstandigheden net voor die fout gebeurde. Meestal zal dit bij discretionaire bevoegdheid, net voor de vergelijking van titels en verdiensten zijn, die wordt overgedaan met inachtnaam van wat in de overwegingen van het arrest staat. Er wordt rekening gehouden met de elementen waarmede eerst geen rekening was gehouden en er wordt de gepaste waarde gehecht aan datgene waar eerst te weinig of geen waarde was aan gehecht. Er wordt nu over iedereen gesproken en er wordt niet genegeerd wat niet genegeerd mocht worden. Het lijkt ook op gezond verstand gebaseerd te zijn dat een misslag er toe leidt dat alléén de misslag gecorrigeerd wordt.

296. Er mogen geen andere kandidaten worden toegelaten, mee te dingen. In die fase niet meer omwille van de reden dat de best mogelijke keuze moet worden gemaakt door het bestuur omdat de Grondwet dat wil <sup>(1005)</sup>. Het belang van het bestuur kan immers niet geactualiseerd herleven doordat het bestuur eerst een fout maakt bij de appreciatie van het algemeen belang. Als na een arrest opnieuw diegene wordt benoemd waarvan de Raad van State had geoordeeld dat ze te weinig verdiensten had om benoemd te worden kan toch geen geloof meer worden gehecht aan een overheid die de tweede keer zegt dat ze opnieuw meer gegadigden de kans wil laten om mee te dingen en dus mèer keuze wil hebben. Dat motief is door de omstandigheden ontkracht geworden. De overheid heeft er zelf de onwaarachtigheid van aangetoond, zodat de benoemende overheid er dan ook niet meer

---

<sup>1005</sup> Artikel 33 van de gecoördineerde Grondwet. De rechtspraak - niet veralgemeend - heeft pas de laatste jaren aan dat artikel aandacht besteed bij de vergelijking van titels en verdiensten (D. MAREEN, "De motieven van de administratieve rechtshandeling", *T.B.P., Jubileumnummer 50 jaar Raad van State*, 21, punt 9.1. ; zie ook I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering", in *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, o.c., 8, nrs. 8 en 9).

toe gerechtigd is het verder aan te wenden. Ze heeft zichzelf in een situatie geplaatst waarin de administratieve rechter zou kunnen stellen : zet uw fout recht. Niet ook : doe eventueel niets. Tenzij de functie ondertussen verdwenen is, maar ook dat verdwijnen kan niet zomaar. Het moet door deugdelijke motieven zijn ondersteund, zodat de bescherming van de burger tegen onrechtmatig bestuur kan worden waargemaakt <sup>(1006)</sup>. De administratieve rechter heeft armslag van de wetgever gekregen ; dat hij zijn armen niet te wijd openhoude maar ze evenmin gekruist houdt. De burger heeft recht op bescherming.

### § 1. De motievencontrole na een schorsingsarrest

297. Een schorsingsarrest geeft de overheid de kans de vragen omtrent de motieven die door de rechter werden gesteld, te beantwoorden. In het arrest MERCKX <sup>(1007)</sup> verwijst de Raad van State naar een dergelijk schorsingsarrest waarin werd vastgesteld dat twee redenen waren aangevoerd om verzoekster te declasseren. Wat de tweede reden betreft, stelt de Raad van State vast dat de verwerende partij geen gegevens had aangebracht om de vaststellingen die in het schorsingsarrest werden gedaan, te ontkrachten.

De Raad van State oordeelt het nadien geopenbaard motief, zijnde een vaag verwijt, niet toereikend is. Dat is zeker het geval nu het door geen enkel concreet gegeven wordt gestaafd en nu het adviserend orgaan, na het omstandig gemotiveerd bezwaarschrift van verzoekster, in gebreke blijft zijn bewering geloofwaardig te maken. De Raad van State oordeelt aldus dat tot de declassering van verzoekster - zaak van appreciatie - slechts éénmaal had kunnen worden besloten. Indien dit op een onregelmatige wijze is gebeurd, brengt dit, volgens de Raad van State, in de regel mee dat dezelfde kandidaat bij het overdoen

---

<sup>1006</sup> "Voor de oprichting van de Raad van State bestond er nagenoeg geen censuur over de handelingen van de administratie" (A. VANDER STICHELE, "Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemden", *l.c.*, 78).

<sup>1007</sup> R.v.St. nr. 51.078, MERCKX, 10 januari 1995.



van de bevorderingsprocedure geen tweede of volgende maal zal kunnen worden gedeclasseerd, wat ook de onregelmatigheid was die de declassering aantastte. Hieruit volgt de verplichting om verzoekende partij *ex nunc* te benoemen : de Raad van State vernietigt de bevordering van de laatst gerangschikte kandidaat en van de impliciete weigeringsbeslissing om verzoekster te bevorderen. Dat de Raad van State tot de overheidsverplichting besloot, zou (vermoedelijk) niet het geval zijn geweest indien de overheid in een zuiver discretionaire bevoegdheid had gehandeld.

## § 2. Een geconditioneerde rechtsplicht tot handelen op een bepaald punt in het verleden bij het weigeren aan één kandidaat : de zaak VERLODT

298. De rechtsplicht tot handelen (niet tot handelen in een welbepaalde zin) bij discretionaire bevoegdheid werd in het arrest VERLODT vastgelegd ingeval slechts één kandidaat in geding was (<sup>1008</sup>). De voorwaarden voor het vaststellen van een rechtsplicht ten opzichte van één kandidaat waren de volgende :

- er moet slechts een uitspraak vallen over het al dan niet nemen van een beslissing ten gunste van één kandidaat ;
- de overheid heeft een pertinent onwettige reden opgegeven voor de niet-toewijzing aan die kandidaat (<sup>1009</sup>).

Voorname reden is in de zaak VERLODT - het is wel een bijzondere reden - dat de overheid wachtte op de uitspraak van een annulatieprocedure en haar beslissing van het resultaat van die procedure zou laten afhangen. Doch na de uitspraak van de

---

<sup>1008</sup> R.v.St. nr. 69.203, VERLODT, 28 oktober 1997. Zie ook R.v.St. nr. 68.846, DE MUYNCK, 14 oktober 1997, eerder besproken vanaf randnr. 267. Dit laatste arrest heeft evenzeer een rechtsplicht tot handelen - niet in een welbepaalde zin - vastgelegd doch was voorafgegaan door een schorsingsarrest.

<sup>1009</sup> Het betrof hier de toepassing van artikel 37, paragraaf 1 van het Rechtspositiedecreet van de personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs ; die bepaling stelde op dat ogenblik dat een afwijzing van de voordracht van de lokale raad maar kon gebeuren op gemotiveerde wijze. Op 1 januari 1993 was de betrekking vacant en werd verzoekende partij ervoor als eerste voorgedragen. Drie jaar later was de toewijzing nog niet gebeurd (zie "Talmen met het nemen van het benoemingsbesluit", randnr. 198).

administratieve rechter, beslist de overheid niet. Ter zitting gevraagd naar de reden van de afwezigheid van handelen, voert ze aan dat ze de juiste juridische situatie moet laten onderzoeken door het bevoegde orgaan. Het is logisch dat zoiets morele verontwaardiging wekt bij de rechter en dat lijkt in het arrest door te klinken, waar wordt overwogen :

*„Wat valt in juni 1997 nog te onderzoeken over aanspraken op een vaste benoeming ex 1 januari 1993 die werden afgewezen om een reden die in oktober 1996 is weggevallen ? Wat meer is, door haar houding na het arrest nr. 62.433 heeft de verwerende partij de door haar opgegeven reden om verzoeker niet vast te benoemen, alle geloofwaardigheid doen verliezen. Het blijkt een drogreden te zijn geweest. De voorgewende bestaansredenen van de weigering om verzoeker vast te benoemen moet dus geacht worden nooit te hebben bestaan“.*

Ondertussen heeft de verzoeker reeds zeven jaar op zijn benoeming moeten wachten, heeft de overheid vijf jaar lang voorgehouden dat zij die benoeming niet kan toewijzen want dat zij van mening is, ze juridisch aan een ander te moeten toewijzen, dat die ander daarover een proces voert en dat zij, overheid, afwacht (<sup>1010</sup>). De uitslag van het proces komt er, nu er zou kunnen worden gehandeld, geschiedt dat niet. De overheid heeft hiertoe geen enkele reden meer en voert er ook geen nieuwe aan ; ze geeft als enkel motief op dat het onderzoek naar het verdwijnen van haar reden een diepgaand onderzoek vergt. De rede is zoek ; de redelijke termijn om te handelen is overschreden. De conclusie kan dan ook enkel luiden dat er moet worden gehandeld. De rechter legt in het arrest VERLODT uit hoe de overheid na het arrest moet handelen :

*„Men keert in de tijd terug naar de initiële situatie van verzoeker, dat wil zeggen de rechtstoestand van iemand die op 28 oktober 1992 (...) was voorgedragen voor vaste benoeming. (...) De verwerende partij dient dus een nieuwe beslissing te nemen waarbij haar bevoegd orgaan ofwel zich aansluit bij de gedane*

---

<sup>1010</sup> Dat de overheid kan beslissen om af te wachten hangende een geding, heeft de Raad van State wel reeds gesuggereerd : indien een benoeming aangevochten is, kan het bestuur in plaats van tot een nieuwe vaste benoeming over te gaan, iemand waarnemend aanstellen tot het beroep tegen de vernietiging van de vaste benoeming zijn beslag heeft gekregen (R.v.St. nr. 62.700, GEMEENTE OVERIJSE, 23 oktober 1996).

*voordracht ofwel een rechtsgeldig motief doet kennen waarom het dit niet doet."*

### **§ 3. Rechtsplicht bij een beslissing getroffen in zowel gebonden als discretionaire bevoegdheid : de zaken MERCKX, SIMON en TURTELBOOM**

299. Op het eerste gezicht zou kunnen gedacht worden dat de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing reeds van bij het eerste geding is mogelijk geweest in de zaken MERCKX (<sup>1011</sup>), TURTELBOOM (<sup>1012</sup>) en SIMON (<sup>1013</sup>) ; het betrof evenwel zaken waarin de overheidsbevoegdheid zowel gebonden als discretionair was. De benoeming geschiedt op grond van een rangschikking volgens anciënniteit en de directieraad hanteert die rangschikking maar kan gebruik maken van de mogelijkheid tot declassering : diegenen die de directieraad voor de betrokken functie niet of onvoldoende geschikt acht, plaatst dit orgaan onderaan de rangschikking. De situatie is derhalve verschillend van die van het arrest VAN POUCKE waarbij het een zuiver discretionaire bevoegdheid behelst.

Verzoekende partij SIMON kwam volgens de normale regelen in de rangschikking naar anciënniteit op de zevende plaats. De voorrang was zoals aangegeven niet absoluut en SIMON werd gedeclasseerd. Verzoekende partij voerde voor de Raad van State aan dat de functiebeschrijving te algemeen was om de declassering mogelijk te maken en de rechter bevond de motivering van de overheid om te declasseren volkomen ontoereikend (<sup>1014</sup>). Hij stelt dat niet valt in te zien op grond

---

<sup>1011</sup> R.v.St. nr. 51.078, MERCKX, 10 januari 1995.

<sup>1012</sup> R.v.St. nr. 59.702, TURTELBOOM, 15 mei 1996.

<sup>1013</sup> R.v.St. nr. 60.856, SIMON, 10 juli 1996.

<sup>1014</sup> "Er wordt gezegd dat verzoekster ongeschikt is om een leidende functie uit te oefenen omdat zij daarvoor ongeschikt is ; bovendien is het geheel tegenstrijdig enerzijds te stellen dat verzoekende partij haar huidige functie op verdienstelijke wijze uitoefent maar anderzijds ongeschikt is voor de te begeven functie terwijl die functies in niets van elkaar verschillen. De overheid had een voorwaarde van specialisatie opgelegd. Dat kan rechtens alleen in een reglementair besluit en niet in de vakantverklaring van een betrekking" ; zie ook R.v.St. nr. 21.365,

van welk criterium geoordeeld zou kunnen worden dat verzoekende partij ongeschikt was om bevorderd te kunnen worden en dat zij dus niet wettig gedeclasseerd kon worden. De Raad van State trekt hieruit de conclusie dat verzoekster bevorderd had moeten worden.

Omdat er slechts een bepaald aantal kandidaten was bevorderd, moest de Raad van State nagaan wie het minst goed gerangschikt was, om dan alleen diens bevordering te vernietigen <sup>(1015)</sup>. Want naast de vernietiging van die bevordering, vernietigt de Raad van State ook de in het bevorderingsbesluit geïmpliceerde weigering om verzoekende partij tot de door haar geambieerde betrekking te bevorderen. Wat het rechtsherstel aangaat, moest er derhalve juridisch „plaats geruimd“ worden : de Raad van State is van oordeel dat, doordat de overheid op onwettige wijze van haar discretionaire bevoegdheid gebruik had gemaakt, zij alleen nog over een gebonden bevoegdheid beschikte. Zodoende was de overheid verplicht te bevorderen en dit verplichtend in een bepaalde rangorde. Nu verzoekende partij juridisch niet had mogen worden gedeclasseerd, nam zij in rechte opnieuw de haar volgens de normale anciënniteitsregelen toegekende zevende plaats in. Eén van de bevorderden viel uit de rangschikking weg : de minst gerechtigde op het behoud van de bevordering was diegene met de laagste anciënniteit. De Raad van State acht het beroep alleen ontvankelijk in zoverre het gericht is tegen de bevordering van de laatst gerangschikte kandidaat <sup>(1016)</sup>.

---

BOSSCHAERT, 10 juli 1981 ; R.v.St. nr. 23.159, VANNESTE, 27 april 1983 ; R.v.St. nr. 24.189, WILLEMS, 29 maart 1984.

<sup>1015</sup> Bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 32.629, VOUCKX, 23 mei 1989 : “daar het aantal toelatingen tot de stage (gebonden bevoegdheid) beperkt is tot het aantal vacante betrekkingen, impliceert de onrechtmatigheid van de weigering om verzoeker tot de stage toe te laten, onvermijdelijk de onrechtmatigheid van de toelating tot de stage van een ander personeelslid”.

<sup>1016</sup> R.v.St. nr. 59.702, TURTELBOOM, 15 mei 1996. Zie eerder ook de zaken VANDEROYE en NUYTS, nrs. 21.262 en 21.263, beide van 16 juni 1981, randnrs. 119-121.

In het arrest VAN POUCKE (<sup>1017</sup>) heeft de Raad van State pas bij het tweede geding de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen vernietigd in tegenstelling tot zopas besproken arrest SIMON waar reeds in het eerste geding de verplichting te benoemen werd vastgesteld. Dit kan worden verklaard door het feit dat het in de zaak VAN POUCKE een zuiver discretionaire bevoegdheid betrof en in de zaak SIMON zoals gezegd zowel discretionaire als gebonden bevoegdheid. Wat het deel discretionaire bevoegdheid betreft, zo stelt de Raad van State, had de overheid verkeerd geoordeeld, zodat het deel appreciatie van de beslissing wegviel. De overheid had alleen nog de statutaire regelen te interpreteren.

Deze arresten zijn belangrijk omdat ze oordelen de beslissing niet aan de overheid te moeten overlaten. Meer bepaald wordt in deze rechtspraak niet meer verwezen naar één van de door de jurisprudentie steevast aangehaalde redenen om de impliciete weigeringsbeslissing niet te kunnen toewijzen, meer bepaald dat de overheid nog over motieven kan beschikken die niet in de beslissing opgenomen werden of in het administratief dossier terug te vinden zijn. Het arrest oordeelt van bij het eerste geding dat er geen geldige redenen kunnen zijn.

De Raad van State geeft in het arrest MERCKX - het betreft zoals aangehaald een analoge statutaire situatie als in de zaak SIMON - bijkomend aan wat de overheid te doen stond na het arrest : de nietigverklaring van de benoemingen bracht voor de verwerende partij de verplichting mee om verzoekster ex tunc te benoemen ; ook de impliciete weigeringsbeslissing werd expliciet in het dictum vernietigd (<sup>1018</sup>). Een stap naar de rechtspraak van het arrest VAN POUCKE, omdat er in zopas besproken gedingen een verplichting te benoemen wordt opgelegd

---

<sup>1017</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998 ; infra, randnr. 360.

<sup>1018</sup> R.v.St. nr. 51.078, MERCKX, 10 januari 1995.

bij beslissingen die mede in discretionaire bevoegdheid werden getroffen. Dat is ook het geval in het arrest AUDENAERDE <sup>(1019)</sup>.

#### § 4. De Raad van State zou op de ingeslagen weg moeten voortgaan

300. Om de Raad van State te overtuigen van de noodzaak om op de beschreven ingeslagen weg verder te gaan, was het naar onze mening nuttig de totstandkoming van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid weer te geven, zoals in het vorig onderdeel is geschied. De vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in die gevallen is initieel gesteund op de vaststelling dat de overheid duidelijk de voorrangsregels overtrad, daarbij goed wetend wat ze deed. Herhaaldelijk is gebleken dat ze nooit de prioritaire kandidaat zou benoemen indien de Raad van State haar daartoe niet kon dwingen. Vandaar dat de expliciete vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in elk geval voor de rechtzoekende nuttig en noodzakelijk was, hoe er ook juridisch over geoordeeld moet worden, dat wil zeggen ongeacht of de uitdrukkelijke vernietiging rechtens al dan niet noodzakelijk is.

Want, kan weliswaar in rechte gezegd worden dat elke benoeming of aanstelling uiteraard de beslissing impliceert om de ander(en) af te wijzen en dat de afwijzingsbeslissing niet apart moet worden onderzocht zodat het dictum enkel de benoeming of aanstelling moet vernietigen, dan heeft o.m. de praktijk uitgewezen dat dit voor verzoekende partijen niet het gewenste rechtsherstel oplevert. Ondanks overwegingen in het arrest die de overheid in een strakke positie brengen omdat zij haar dwingen of andere motieven naar voren te brengen of zelfs te handelen of te beslissen in een bepaalde zin, benoemt de overheid in een aantal gevallen opnieuw dezelfde persoon, herneemt zij de procedure of doet zij totaal niets meer.

---

<sup>1019</sup> R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001.

## **DEEL III. RECHTSHERSTEL DOOR DE RAAD VAN STATE INZAKE BENOEMINGEN**

### **HOOFDSTUK 1. RECHTSHERSTEL NA EEN ANNULATIEARREST VAN DE RAAD VAN STATE DAT ENKEL DE BENOEMINGSBESLISSING HEEFT Vernietigd BIJ DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID <sup>(1020)</sup>**

301. De overheid heeft na de vernietiging van de benoeming om redenen die gelegen zijn aan de keuze van de benoemde persoon <sup>(1021)</sup>, ter eerbiediging van het vernietigingsarrest, vier mogelijkheden : zij kan de verzoekende partij benoemen ; niet meer benoemen ; de procedure overdoen vanaf de vastgestelde fout of een nieuwe benoemingsprocedure starten.

302. De overheid kan er na het arrest toe besluiten de verzoekende partij te benoemen en dat is voor die partij de meest gunstige hypothese, maar daar is het bestuur geenszins toe gehouden na en op grond van een arrest dat alleen de benoeming heeft vernietigd in de vaststelling dat het bestuur in een discretionaire bevoegdheid heeft gehandeld.

303. De overheid kan er ook toe besluiten niet meer te benoemen <sup>(1022)</sup>, aangezien het bestuur van oordeel kan zijn, dat de verzoeker geen rechtsaanpraken op benoeming kan laten gelden

---

<sup>1020</sup> Zie VAN DAMME, M., *Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 135-140, nrs. 28-39 ; LEWALLE, P., *Contentieux administratif*, o.c., 890 nrs. 500 e.v. ; 992 nrs. 538 e.v. ; 1002 nr. 541.

<sup>1021</sup> En die dus niet liggen in de benoeming op zich, met name de wettelijke onmogelijkheid om een benoeming te doen.

<sup>1022</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 39.057, VANRIE, 27 maart 1992 ; hierbij worden ook de mogelijkheden aangegeven dat de overheid na de vernietiging van de benoeming de procedure herneemt vanaf de procedurefout ofwel ze herneemt van meet af aan.

(<sup>1023</sup>), door de vernietiging het hem hinderend loopbaanvoordeel van zijn concurrent is weggenomen en ze beiden weer gelijkelijk in aanmerking komen voor een latere benoeming.

Dat kan slechts ingeval daartoe gegronde redenen voorhanden zijn (<sup>1024</sup>), bijvoorbeeld de omstandigheid dat de vacante betrekking die het bestuur tot de vernietigde benoeming bracht, verdwenen is. Maar dan mag de overheid ook niet tot een tijdelijke aanstelling beslissen. De rechtspraak verschaft terzake niet voldoende rechtsbescherming omdat ze doorgaans geen motieven voor het niet herbeginnen van de benoemingsprocedure schijnt te vergen. Zo bijvoorbeeld het arrest VAN ACKER (<sup>1025</sup>) :

*"Considérant que, même s'il eût semblé naturel qu'à la suite de l'arrêt nr. 40.958, la partie adverse reprît la procédure de nomination, il ne s'ensuit pas, en droit, que l'autorité serait jamais tenue de pourvoir à des emplois, quelles que soient les circonstances qui auraient présidé à leur vacance (...) ; que les requérants n'ont donc aucun droit à ce que la procédure de nomination soit recommencée(...)"*.

De verzoekende partijen voerden aan dat zij de enige drie kandidaten waren die de benoemingsvoorwaarden vervulden en het op hun vordering was dat de benoemingen waarvoor zij in aanmerking kwamen, werden vernietigd.

Andere rechtspraak is zelfs van oordeel dat geen enkele regel de overheid verplicht om de procedures die zij aanspant tot het einde te voeren (<sup>1026</sup>).

---

<sup>1023</sup> Zie R.v.st. nr. 55.386, DENYS, 25 september 1995 : de enige draagwijdte van een arrest waarbij een aanstelling wordt vernietigd op grond van de afwezigheid van vergelijking van titels en verdiensten is dat niemand voordeel heeft gehaald uit de aanwijzing. De verzoeker vermag niet het gezag van gewijsde van dit arrest in te roepen om zich te beroepen op zijn recht op aanstelling. Zie ook R.v.St. nr. 43.394, DUJARDIN, 18 juni 1993.

<sup>1024</sup> R.v.St. nr. 67.125, DIELS, 27 juni 1997.

<sup>1025</sup> R.v.St. nr. 43.704, VAN ACKER, 5 juli 1993. Het verzoek tot het opleggen van een dwangsom - enige vordering in die zaak - opdat de overheid beslissingen zou nemen ter uitvoering van een vorig annulatiearrest, werd afgewezen.

<sup>1026</sup> R.v.St. nr. 59.556, MOKRANE, 8 mei 1996.



304. De benoemingsprocedure kan worden overgedaan vanaf het punt waar ze volgens het arrest ontspoord is (<sup>1027</sup>). Zo werd reeds in het arrest VAN LANDSCHOOT gesteld dat

*"De overheid (...), buiten het geval waarin een nieuwe regeling er zich absoluut tegen verzet, de door de vernietiging onderbroken procedure (mag) hervatten op het ogenblik waarop de fout in de vernietigde beslissing werd begaan om alzo de ontsporing der besluitvorming ongedaan te maken en het juridisch ongeval te herstellen"* (<sup>1028</sup>).

Dat kan als concreet resultaat voor de verzoeker betekenen dat hij de benoeming verkrijgt.

Zo bijvoorbeeld de selectiecommissie onwettig was samengesteld, mag het bestuur een nieuwe samenstelling doen zonder een nieuwe oproep tot de kandidaten te (moeten) richten (<sup>1029</sup>). Bij een onregelmatige voordracht, is de procedure over te doen vanaf de voordracht ; de vacantverklaring en de kandidatuurstellingen blijven in dat geval geldig (<sup>1030</sup>). Of

---

<sup>1027</sup> Mutatis mutandis kan worden verwezen naar de niet-goedkeuring waarover J. LUST, onder verwijzing naar P. LEWALLE, schrijft dat die te vergelijken is met de annulatie door de Raad van State : *"(...) het bestuur is ertoe gerechtigd binnen de grenzen gesteld door het niet-goedkeuringsbesluit, d.w.z. met inachtneming van de motieven ervan, de tuchtzaak te hernemen. Indien het aan het bestuur bij die herneming niet verboden is de instructie van de zaak te beperken tot het herstellen van de door de toezichthoudende overheid vastgestelde onregelmatigheid, behoort het ook tot zijn discretionaire bevoegdheid om te beslissen de zaak op een eerder punt in de procedure te hernemen, ze vervolgens met inachtneming van de bestaande wettelijke regelen opnieuw af te doen (...)"* (coorT. Gem. 1999, 26).

<sup>1028</sup> R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965 ; R.v.St. nr. 39.953, DELVAUX, 1 juli 1992. In dat arrest wordt de grief van verzoeker dat geen nieuwe oproep tot de kandidaten werd gericht na de vernietiging van een eerste benoeming niet gegrond bevonden indien de verzoeker er niet onwetend kon over zijn dat een nieuwe benoeming zou geschieden en geen enkel element toelaat te veronderstellen dat hij verhinderd werd zijn verdiensten onder de aandacht te brengen. Het schorsingsarrest RENDERS grondt het niet voorhanden zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel op het feit dat de eventuele vernietiging de partijen in de toestand brengt die bestond op het ogenblik dat het bestuur de door het vernietigingsarrest vastgestelde onwettigheid beging (R.v.St. nr. 62.951, RENDERS, 6 november 1996).

<sup>1029</sup> R.v.St. nr. 20.403, DE VRIENDT, 10 juni 1980.

<sup>1030</sup> R.v.St. nr. 20.471, DE BRABANTER, 25 juni 1980 : *"(...) Wanneer de overheid na een vernietiging een nieuwe handeling ter vervanging van de vernietigde wil stellen, moet ze echter niet de hele procedure ter voorbereiding van de handeling hervatten. Ze moet deze procedure alleen herbeginnen vanaf de eventueel foutieve handeling die tot de vernietiging*

nog : ingeval de kandidatuur van de verzoeker niet afdoende is onderzocht doordat belangrijke elementen niet aan de benoemende overheid waren voorgelegd, kan deze beslissen om de procedure te herbeginnen op het punt waar ze is ontspoord en dus na het neerleggen van die elementen. Dat nadien dezelfde personen benoemd worden, houdt dan ook geen schending in van het gezag van gewijsde van het arrest (<sup>1031</sup>). Werd een benoeming vernietigd om reden van een ondeugdelijke vergelijking van titels en verdiensten, dan bevindt het bestuur zich juridisch net voor de vernietigde beslissing werd genomen en is het geconfronteerd met een bevorderingsprocedure die wel aangevat werd maar niet beëindigd is (<sup>1032</sup>). In het schorsingsarrest BEERENS wordt geoordeeld dat indien het bestreden besluit nietig wordt verklaard, alsdan de procedure vanaf dat punt hervat moet worden en de Koning ofwel verzoekster kan benoemen ofwel Hij haar voordracht op andere gronden zal moeten afwijzen, waarbij de intussen aangevatte nieuwe benoemingsprocedure dan ook zal moeten worden stopgezet, wat eventueel zal gaan tot intrekking of nietigverklaring van de benoeming van een raadsheer bij het hof van beroep, indien deze al zou zijn gebeurd (<sup>1033</sup>).

Er bestaat geen verplichting, noch om aan een adviserend orgaan, noch om aan de minister een nieuw advies te vragen indien het in de fase van de beraadslaging in de regering is dat de titels en verdiensten niet waren vergeleken (<sup>1034</sup>).

---

heeft geleid". Wat het overdoen van benoemingsprocedures betreft, zie : R.v.St. nr. 12.956, DE BLOCK e.a., 15 mei 1968 ; R.v.St. nr. 14.112, GODAERT, 29 april 1970 ; R.v.St. nr. 15.817, PEELMANS, 11 april 1973.

<sup>1031</sup> R.v.St. nr. 34.254, PIQUERAY, 28 februari 1990 ; R.v.St. nr. 69.470, STEPPE, 5 november 1997 : een eerder annulatiearrest dat alleen stelt dat er geen vergelijking van de titels en verdiensten was gebeurd (R.v.St. nr. 40.003, STEPPE, 10 juli 1992), verleent de verzoeker geen recht op bevordering.

<sup>1032</sup> R.v.St. nr. 38.510, MORDANT, 17 januari 1992 : de titels en verdiensten kunnen opnieuw worden vergeleken, maar de overheid moet niet de gehele voorbereidende procedure overdoen.

<sup>1033</sup> R.v.st. nr. 102.712, BEERENS, 21 januari 2002.

<sup>1034</sup> R.v.St. nr. 36.302, DESMET, 24 januari 1991.

De verzoeker kan in dergelijk geval wel een belangrijk voordeel missen daar de nieuwe benoeming niet moet terugwerken. W. LAMBRECHTS schrijft nog affirmatiever, in overeenstemming met het arrest TIBAX (<sup>1035</sup>), dat bij discretionaire bevoegdheid de overheid de benoemingsprocedure kan overdoen van het punt waar zij was ontspoord en dus de verzoeker kan benoemen, maar dat die benoeming dan geen terugwerking kan hebben aangezien ze niet als rechtsherstel bedoeld is en er overigens in het arrest dat de eerste benoeming vernietigde, geen rechtsgrond voor een rechtsherstellende benoeming te vinden is (<sup>1036</sup>). Onder verwijzing naar het arrest MATHIEU (<sup>1037</sup>) stelt de auteur dat indien tussen het ogenblik waarop de eerste handeling werd gesteld en het ogenblik waarop de procedure overgedaan moest worden nieuwe rechtsregelen tot stand komen, die moeten worden toegepast. De terugwerkende kracht van vernietigingsarresten van de Raad van State lijkt niet te impliceren dat het bestuur, de ten tijde van de eerste beslissing geldende wetgeving moest toepassen en niet de later geldende, actuele regelgeving (<sup>1038</sup>).

305. Wanneer tenslotte - vierde mogelijkheid - tot een nieuwe benoemingsprocedure door de overheid wordt beslist, sluit dit dan ook in dat de op dat ogenblik geldende statutaire bepalingen toepasselijk zijn (<sup>1039</sup>). Dit kan betekenen dat de verzoeker van de mogelijkheid om zijn kandidatuur te stellen uitgesloten wordt omdat hij dan niet meer aan de

---

<sup>1035</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 6.5.

<sup>1036</sup> LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, o.c. 211.

<sup>1037</sup> R.v.St. nr. 4.312, MATHIEU, 27 mei 1955.

<sup>1038</sup> R.v.St. nr. 71.606, DESCHEPPER, 5 februari 1998.

<sup>1039</sup> Bijvoorbeeld in het arrest nr. 38.709, FABRY en cons. van 10 februari 1992 waarin de Raad van State oordeelt dat de overheid er nooit toe gehouden is een aangevatte benoemingsprocedure te beëindigen. Na een annulatiearrest dat de benoeming vernietigt, kan de overheid opnieuw beslissen en de procedure beëindigen maar zij kan evengoed volledig herbeginnen en een nieuwe oproep tot de kandidaten richten. PH. BOUVIER verwijst o.m. naar dit arrest ter staving van het gegeven dat de vernietiging van een benoeming de overheid er niet toe verplicht de procedure voort te zetten of te hernemen (Ph. BOUVIER, "De zaak SEVERAIN" in *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 61-67 (61, vn. 5)).

benoemingsvereisten voldoet. Het arrest VANDEWEGE oordeelt zelfs dat dit kan indien de Raad van State een beslissing vernietigde op grond van het feit dat de benoeming aan verzoeker en aan niemand anders mocht toekomen (<sup>1040</sup>).

Bij het overdoen moet het bestuur de feiten die zich hebben voorgedaan nadat de vernietigde beslissing genomen werd, in zijn overwegingen betrekken (<sup>1041</sup>) en zoals gezegd ook de nieuwe algemeen verbindende voorschriften toepassen (<sup>1042</sup>). De overheid is m.a.w. verplicht rekening te houden met de op het ogenblik van de heroverweging na een vernietiging geldende reglementering, geformuleerd in de rechtspreuk *Tempus regit actum* (<sup>1043</sup>).

Daarenboven kunnen andere kandidaten die intussen in de voorwaarden verkeren om de bedoelde benoeming te verkrijgen, mededingen. Ook moet de geschiktheid van de kandidaten worden beoordeeld bij iedere kandidatuur voor een nieuwe vacature (<sup>1044</sup>) en kan de overheid zonder zich tegen te spreken, een

---

<sup>1040</sup> R.v.St. nr. 19.708, VANDEWEGHE, 20 juni 1979.

<sup>1041</sup> R.v.St. nr. 19.765, OPPALFERS, 17 juli 1979, T.B.P., 1980, 108.

<sup>1042</sup> R.v.St. nr. 84.673, BOLS, 13 januari 2000.

<sup>1043</sup> Dit schrijft J. LUST met verwijzing naar LEWALLE : bij het totstandkomen van een beslissing moet in beginsel worden geoordeeld volgens de juridische en de feitelijke gegevens van dat ogenblik, ook ingeval de overheid aan de beslissing retroactieve werking zou wensen te geven (T. Gem. 1999, 26). Zie ook R.v.St. nr. 80.868, LAVENT, 10 juni 1999 : "dat het gezag van gewijsde van een annulatiearrest van de Raad van State moet worden gezien binnen het raam van de op het ogenblik van de bestreden beslissing vigerende wetgeving en reglementering ; dat ten onrechte wordt gesteld dat de verwerende partij zich bij haar herbeoordeling diende te laten leiden door de ten tijde van de eerste vernietigde beslissing bestaande wettelijke en reglementaire bepalingen". In dezelfde zin, zie het schorsingsarrest LAVENT nr. 70.810 van 15 januari 1998. Zie ook R.v.St. nr. 13.114, CALLEBAUT van 10 juli 1968 : "dat is aanvaard dat de vernietiging van een benoeming, ook al is die gebeurd op grond van de regelen die golden voor 1 augustus 1964 (...) tot gevolg heeft dat de op die vernietiging volgende nieuwe benoeming moet gebeuren met toepassing van de regelen die sinds 1 augustus 1964 het statuut van het rijkspersoneel bepalen (...)". Volledigheidshalve wordt naar het Cassatiearrest van 23 mei 1985 (Arr. Cass., 1984-85, 1318) verwezen waarin wordt geoordeeld dat, wanneer de Raad van State een beslissing vernietigt, zijn arrest terugwerkende kracht heeft waardoor, indien de vernietigde beslissing opnieuw in overweging wordt genomen, enkel moet rekening worden gehouden met de elementen die bestonden op het ogenblik van de vernietigde beslissing.

<sup>1044</sup> R.v.St. nr. 28.219, LIVEMONT, 25 juni 1987.

kandidaat geschikt verklaren voor een bevordering, wiens kandidatuur zij tevoren ter gelegenheid van een vroegere bevordering had verworpen. In het arrest PIRET-GERARD is de Raad van State van oordeel dat de minister, bij het onderzoek van kandidaturen die reeds drie jaar waren ingediend, had moeten nagaan of de erin aangehaalde elementen nog steeds actueel waren en schorst hij bij uiterst dringende noodzakelijkheid op grond van een niet deugdelijke vergelijking van titels en verdiensten (<sup>1045</sup>).

Een annulatiearrest kan de verplichting vestigen voor de overheid, de reglementering toe te passen die gold op het ogenblik van de vernietigde beslissing ; zo wordt in de arresten VAN LANDSCHOOT (<sup>1046</sup>) alsook in het arrest JASSOGNE (<sup>1047</sup>) geoordeeld dat de beslissing moet worden overgedaan met inachtneming van de vroeger geldende voorschriften.

Om de aan de benoeming voorafgaande procedure te herbeginnen, ook al werd ze niet betwist, moeten wel voorafbestaande geldige motieven aanwezig zijn (<sup>1048</sup>), al wordt dat niet altijd duidelijk uitgesproken :

*"Het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest verhindert de overheid om opnieuw dezelfde handeling te stellen, zonder de onregelmatigheid ervan te verbeteren die de vernietiging tot gevolg heeft gehad. Buiten de gevallen waarin de overheid ertoe gehouden is zich opnieuw uit te spreken of de gevallen waarbij het hernemen van de beslissing verboden is, is de overheid vrij om al dan niet een nieuwe beslissing te treffen.*

---

<sup>1045</sup> R.v.St. nr. 113.493, PIRET-GERARD, 10 december 2002. Nadat de verzoeker in deze zaak de schorsing en de vernietiging had verkregen van de benoeming van de tussenkomende partij GOFFIN (respectievelijk arresten nrs. 88.685 van 7 juli 2000 en 99.588 van 9 oktober 2001), had hij zijn curriculum vitae geactualiseerd terwijl hij de overheid in kennis had gesteld van de evolutie van de carrière van de benoemde kandidaat.

<sup>1046</sup> R.v.St. nr. 8.592, VAN LANDSCHOOT, 23 mei 1961 ; R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965.

<sup>1047</sup> R.v.St. nr. 18.733, JASSOGNE, 1 februari 1978.

<sup>1048</sup> R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965 ; R.v.St. nr. 12.956, DE BLOCK e.a., 15 mei 1968 ; R.v.St. nr. 17.383, VAN DE WEGHE, 19 november 1975 ; R.v.St. nr. 17.325, DE CORDT, 9 december 1975 ; R.v.St. nr. 19.500, OP DE BEECK, 7 maart 1979.

*Wanneer zij voor dat laatste kiest, mag zij ofwel de procedure ab initio hernemen, ofwel haar hernemen in het stadium van de vastgestelde onwettigheid teneinde deze te verbeteren" (<sup>1049</sup>).*

In het arrest GARCET (<sup>1050</sup>) was de te begeven betrekking vacant vanaf 1 april 1994 en op 11 april 1994 onderzoekt de directieraad de kandidaturen. De titularis van de betrekking blijft fungeren tot 4 maand na de datum waarop hij op pensioen moest gesteld worden. Op grond hiervan wordt ongeveer een jaar later dezelfde betrekking opnieuw vacant verklaard. De Raad van State is in dat arrest van oordeel dat indien een bevorderingsprocedure in de tijd aansleept en indien ambtenaren die bij de eerste vacantverklaring niet aan de benoemingsvoorwaarden beantwoordden, dat bij de tweede vacature wel doen, dit voor de overheid een geldig motief vormt om de oproep tot de kandidaten te hernieuwen. Dat houdt, aldus de Raad, niet in dat de eerste procedure „caduque" is geworden of niet voortgezet werd maar dat alleen de oproep tot de kandidaten werd hernieuwd. De verlenging van de benoemingsprocedure wordt geacht rechtmatig te zijn gemotiveerd doordat de titularis van de betrekking vier maanden na zijn normale oppensioenstellingsdatum in dienst is gebleven. Het komt ons voor dat de verzoeker enige tijd na het eerste onderzoek van de directieraad de overheid had kunnen verzoeken om tot benoeming over te gaan en vervolgens eventueel de weigering om de benoemingsprocedure tot haar normaal eindpunt te brengen bij wege van een vordering tot schorsing had kunnen bestrijden bij de Raad van State.

In een recent arrest DECLERCQ wordt, het zij herhaald, overwogen dat wanneer een ambt vacant verklaard wordt, het in beginsel ook effectief moet worden begeven tenzij er pertinente redenen, waarvan het bestaan moet aangetoond worden, zijn om dat niet te doen (<sup>1051</sup>). Er kan o.i. niet worden voorgehouden

---

<sup>1049</sup> R.v.St. nr. 80.910, HEYE, 11 juni 1999, *J.L.M.B.* 2000, 566 : De Raad van State overweegt dat in de mate waarin een arrest niet het hernemen van de vernietigde beslissing verbiedt, het arrest, met zijn onverbrekelijk met het dictum verbonden motieven, een nieuw feit vormt dat een nieuw onderzoek van de zaak door de overheid met zich moet brengen.

<sup>1050</sup> R.v.St. nr. 79.234, GARCET, 11 maart 1999.

<sup>1051</sup> R.v.St. nr. 94.652, DECLERCQ, 10 april 2001.

dat in de zaak GARCET dergelijke pertinente redenen aanwezig waren.

306. De in de huidige stand van rechtspraak en rechtsleer aanvaarde beslissingsmogelijkheden na het arrest kunnen er derhalve toe leiden dat een verzoeker uit een annulatiearrest alleen een morele voldoening haalt, er onder meer in bestaande dat een begane onwettigheid hem niet meer kan hinderen in zijn verder carrièreverloop, of desgevallend mede een gemakkelijker toegang tot de burgerlijke rechter verschaft.

Indien de overheid in gebonden bevoegdheid handelt, zijn deze mogelijkheden op een Pyrrhusoverwinning weggewerkt doordat ook de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen kan worden gevorderd en toegewezen. Handelt de overheid in een discretionaire bevoegdheid, dan noopt het feit dat een verzoekende partij na een eerste of zelfs na verscheidene voor haar gunstige arresten, voor de ontstentenis van overheidshandelen kan staan of eventueel voor een overheidshandelen dat haar benoemingsmogelijkheden nog meer beperkt, dat naar een jurisprudentiële oplossing moet worden gezocht.

## HOOFDSTUK 2. RECHTSHERSTEL NA EEN ANNULATIEARREST VAN DE RAAD VAN STATE DAT DE BENOEMING EN DE IMPLICIETE WEIGERING TE BENOEMEN HEEFT Vernietigd <sup>(1052)</sup>

### *AFDELING 1. Administratief rechtsherstel*

307. De onvolkomenheden van de laatste drie in het vorig hoofdstuk besproken uitvoeringsmogelijkheden kunnen in dit geval, dus na een annulatiearrest dat de benoeming en de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen heeft vernietigd, worden ondervangen in die zin dat de overheid de vernietigde beslissing tot benoeming vervangt door de benoeming van de verzoekende partij met uitwerking op de datum waarop de vernietigde benoeming uitwerking had <sup>(1053)</sup>. Tevens verwerft de verzoekende partij dan alle voordelen die deze beslissing haar zou hebben opgeleverd bij een indertijds in rechte juist handelen van de overheid.

308. De vernietiging in het dictum van het arrest van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen bij gebonden bevoegdheid, verplicht de overheid er volgens de rechtspraak van de Raad van State toe de verzoekende partij de aanstelling, de stagetoelating, de benoeming, de bevordering enz... toe te kennen die ten onrechte aan de initieel aangestelde of benoemde werd gegeven.

Een voorbeeld inzake een rechtsherstellende benoeming tot stagiair die niet gebeurde op de datum waarop de vernietigde

---

<sup>1052</sup> Het betreft hoofdzakelijk gevallen waarbij de overheid heeft gehandeld in een gebonden bevoegdheid.

<sup>1053</sup> "De overheid heeft de verplichting om de verzoeker die de enige is die een bepaalde aanstelling heeft bestreden en dus de enige is ten aanzien van wie die aanstelling niet onaantastbaar is geworden aan te stellen ; tevens moet de overheid geacht worden die aanstelling op het initieel gegeven tijdstip onrechtmatig aan verzoekende partij te hebben geweigerd" (R.v.St. nr. 20.603, VAN ENGELAND, 30 september 1980).



beslissing uitwerking had, is het arrest SCHOONBRODT <sup>(1054)</sup>. De verzoekende partij had bij een vorig annulatiearrest <sup>(1055)</sup> de vernietiging verkregen van de benoeming van T'SERSTEVENS met ingang van 1 september 1985 op grond van haar voorrang op hem. Tengevolge van het arrest wordt verzoekster tot de stage toegelaten met ingang van 1 september 1987. Zij vordert de nietigverklaring van haar (nieuwe) benoeming op 1 september 1988 in de mate dat die niet terugwerkt tot 1 september 1985. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekster bij haar vorig beroep enkel de vernietiging van de benoeming had gevorderd en verkregen, en niet de weigering om haar te benoemen wat tot gevolg heeft dat de vernietiging van de benoeming de betrekking opnieuw vrijmaakte om alle kandidaten te kunnen laten meedingen. De Raad van State overweegt dat de verwerende partij aan verzoekster de prioriteit moet toekennen die de Raad van State ten opzichte van haar had vastgesteld, dat daaruit volgt dat de oproep tot de kandidaten van april 1984 behouden bleef, de overheid zich moest uitspreken over de kandidaturen die toen ingediend waren en derhalve haar eerste beslissing herzien door verzoekster te benoemen met ingang van 1 september 1985.

Het onder deze afdeling besproken rechtsherstel houdt in dat de verzoekende partij op administratief vlak met terugwerkende kracht alle loopbaanvoordelen verwerft die haar ten onrechte werden onthouden.

309. Ingeval de wettigheid van een weigering volledig door de geldende voorschriften wordt bepaald, vestigt het gezag van gewijsde van de vernietiging door de Raad van State, voor de overheid de verplichting om ter uitvoering van het arrest het geweigerde te verlenen <sup>(1056)</sup>. Ingeval een annulatie-arrest vaststelt dat de overheid positief had moeten beslissen, moet

---

<sup>1054</sup> R.v.St. nr. 38.063, SCHOONBRODT, 6 november 1991, *Adm. Publ.* (M), 1991, 141.

<sup>1055</sup> R.v.St. nr. 27.788, SCHOONBRODT, 8 april 1987.

<sup>1056</sup> R.v.St. nr. 13.450, MARNEFFE, 18 maart 1969 ; R.v.St. nr. 19.765, OPPALFERS, 17 juli 1979.

aan de rechtsherstellende beslissing dezelfde terugwerking worden gegeven als die beslissing zou hebben gehad indien de overheid indertijd haar verplichtingen had nageleefd. Daarenboven sluit dit herstel tevens het wegnemen of het volbrengen in van al wat door de overheid, tengevolge van de weigering aan begunstigende of ongunstige beschikkingen, niet werd volbracht of ten onrechte niet werd genomen (<sup>1057</sup>). In dat geval heeft de vernietiging van de expliciete negatieve beslissing voor de verzoeker dezelfde gevolgen als de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid.

De toepasselijke wetgeving is die geldend op het ogenblik waarop de initiële benoeming werd verleend. Alleen de uitvoering van een arrest *"dat de verplichting van de overheid om op een bepaalde, bij veronderstelling reeds verstreken datum te benoemen, heeft vastgesteld"*, maakt de toepassing mogelijk van de wetgeving die van kracht was op het ogenblik waarop de vernietigde beslissing uitwerking heeft (<sup>1058</sup>) ; terugwerking is dus enkel toegelaten, en de vroegere reglementering wordt toegepast, indien de rechtsonderhorige een recht kan laten gelden op een beslissing te zijnen gunste op het ogenblik dat een welbepaalde beslissing werd genomen (<sup>1059</sup>).

De "retroactieve wedersamenstelling van de loopbaan", die ten aanzien van iedereen geldt, kan opeenvolgende rechtsherstellende beslissingen noodzaken (<sup>1060</sup>) naar gelang het bij statuut geregelde loopbaanverloop. Het arrest GEUENS (<sup>1061</sup>)

---

<sup>1057</sup> R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965.

<sup>1058</sup> R.v.St. nr. 14.112, GODAERT, 29 april 1970.

<sup>1059</sup> VAN DAMME, M., *Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c., 137, nr. 32 ; J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 128, nr. 45, vn. 63.

<sup>1060</sup> Zie de omstandigheid dat de Raad van State kan beslissen dat bijvoorbeeld de stageperiode wordt geacht fictief doorlopen te zijn, randnr. 126.

<sup>1061</sup> R.v.St. nr. 19.269, GEUENS van 21 november 1978.

ziet in het rechtsherstellend effect de verplichting tot het toekennen van de ten onrechte onthouden anciënniteit en het arrest THIENPONT voegt daaraan toe "de aan die anciënniteit verbonden voordelen" <sup>(1062)</sup>. De Raad van State preciseert <sup>(1063)</sup> dat de overheid ter uitvoering van het vernietigingsarrest, het aantal dagen dienstanciënniteit van de verzoekende partij moet verhogen met het aantal dagen dat haar onrechtmatig werd onthouden <sup>(1064)</sup>. V. FRANCK-DE CALLATAY <sup>(1065)</sup> betitelt dit als "*Ce mécanisme des "vases communicants"*".

Bij de berekening van het aantal dagen kan geen rekening worden gehouden met de vertraging waarmee de op onrechtmatige wijze benoemde persoon zijn functie had opgenomen <sup>(1066)</sup>.

## AFDELING 2. Pecuniair rechtsherstel

310. Dit type annulatiearrest verschaft in principe een titel, althans minstens een belangrijke basis, om voor de burgerlijke rechtbank schadevergoeding te eisen. Dat de schadeloosstelling door de burgerlijke rechter wordt verleend

---

<sup>1062</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 39.190, THIENPONT, 7 april 1992.

<sup>1063</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 20.238, VERWIMP, 4 maart 1980 ; R.v.St. nr. 20.852, REESKENS, 13 januari 1981.

<sup>1064</sup> Of nog : "*de nietigverklaring blijft beperkt tot de gevolgen die verzoeker ervan kan verwachten, namelijk daardoor de hem ontzegde dagen dienst toegewezen krijgen*" (R.v.St. nr. 25.642, HOMERIN, 18 september 1985 ; R.v.St. nr. 28.137, VAN LOOY, 22 juni 1987 (stage). Zie nog - uit de beginperiode van deze rechtspraak - in verband met de toekenning van de dienstanciënniteit die verzoekende partij zou verkregen hebben indien haar de bestreden aanstelling gegeven was geweest, R.v.St. nr. 18.509, SCHOUTERDEN, 25 oktober 1977 ; R.v.St. nr. 19.178, SWENNEN, 10 oktober 1978 ; R.v.St. nr. 19.263, HEUVELMANS, 16 januari 1979 ; R.v.St. nr. 19.473, WOUTERS, 6 maart 1979 ; R.v.St. nr. 19.760, VAN GORP, 13 juli 1979 ; R.v.St. nr. 21.991, LAMBREGHTS, 9 februari 1982.

<sup>1065</sup> V. FRANCK-DE CALLATAY, "*L'exécution...*", l.c. 1-46. Ze schrijft dat tengevolge van de reeks nietigverklaringen van dat "type", de tijdelijke aanstellingen voortaan slechts werden verleend voor één schooljaar, ook als de aangestelden langer bleven fungeren (l.c. 32). Wat de beperkte nietigverklaring betreft, zie voorbeelden bij het deel dat het over de "gemoduleerde" vernietiging heeft, onder randnrs. 124-131.

<sup>1066</sup> R.v.St. nr. 43.593, DE LAMPER, 30 juni 1993.

en niet door de Raad van State, wordt reeds aangehaald in het op grond van het (oude) artikel 7 van de wet van 23 december 1946 verleende advies VAN DEN EYNDE (<sup>1067</sup>) waarin wordt gesteld :

*"De Raad van State, die in een arrest heeft vastgesteld dat het recht van een kandidaat om overeenkomstig de rangschikking te worden benoemd, werd geschonden en de weigering hem in het kader op te nemen teniet heeft gedaan, is niet bevoegd om kennis te nemen van een aanvraag om herstelvergoeding voor de buitengewone schade die de belanghebbende door de vertraging waarmee hij werd benoemd, heeft ondergaan. Deze beschikt immers over een vordering bij de gewone rechtbanken om het recht waarvan hij de schending of de laattijdige erkenning inroept, te doen vaststellen".*

Ter uitvoering van het arrest waarvan sprake in dit advies VAN DEN EYNDE, had de overheid verzoeker weliswaar met terugwerkende kracht benoemd, doch zijn wedde niet retroactief uitbetaald maar slechts met ingang van de maand volgend op de benoeming.

Wat het pecuniair rechtsherstel aangaat, werden na en op grond van annulatiearresten die naast de benoeming ook de impliciete weigeringsbeslissing vernietigen een groot aantal vorderingen tot schadeloosstelling ingediend (<sup>1068</sup>) en toegewezen (<sup>1069</sup>).

---

<sup>1067</sup> Advies bij VAN DEN EYNDE nr. 3.559 van 7 juli 1954, R.J.D.A., 1954, 283-284 ; noot van C. HUBERLANT, 284-289.

<sup>1068</sup> Wat het ogenblik van indienen van de vordering bij de burgerlijke rechter aangaat, zie o.m. P.J. DEFOORT, "Het toepassingsgebied van de vijfjarige verjaringstermijn van schuldvorderingen ten laste van de Staat m.b.t. schuldvorderingen op grond van art. 1382 B.W.", Tijdschrift voor Procesrecht en Bewijsrecht, 1995, nr. 15 : "De rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft reeds verschillende vonnissen gevelde waarin wordt gesteld dat de vijfjarige verjaringstermijn wordt gestuit door een annulatieberoep bij de Raad van State. Deze uitspraken worden gemotiveerd door te stellen dat het begrip "dagvaarding voor het gerecht" zoals voorzien in art. 2044 B.W., ruim moet worden uitgelegd. Een verzoekschrift voor de Raad van State zou in dit licht een burgerlijke stuiting vormen. Deze rechtspraak is misschien wel proceseconomisch en om billijkheidsredenen verantwoord, maar kan juridisch niet bijgetreden worden. Immers, niet artikel 2244 B.W. waarin sprake is van een "dagvaarding voor het gerecht" is van toepassing, doch wel art. 101 K.B. 17 juli 1991, dat uitdrukkelijk spreekt van een "gerechtsdeurwardersexploot". Een annulatieberoep bij de Raad van State wordt ingesteld bij verzoekschrift en niet bij gerechtsdeurwardersexploot,

V. FRANCK-de CALLATAY wijst op het groeiend aantal daarvan:

*"La situation de l'emploi dans l'enseignement s'étant dégradée, la proportion des demandes judiciaires a considérablement augmentée et ce mouvement va croissant, d'autant que les demandeurs ont presque toujours gain de cause"* (<sup>1070</sup>).

Een vordering bij de burgerlijke rechter na een annulatiearrest van de Raad van State dat geen impliciete weigeringsbeslissing ten opzichte van de verzoeker vernietigt, verschaft blijkens een uitspraak van het Hof van Beroep van Antwerpen, geen recht op een rechtsherstellende reconstructie van de loopbaan :

*"Overwegende dat de beide voormelde arresten van de Raad van State weliswaar de bestreden aanstelling, respectievelijk affectatie van een concurrent retroactief hebben vernietigd, maar daaruit op zichzelf geenszins kan worden afgeleid dat de betwiste aanstelling respectievelijk affectatie aan appellant had moeten worden toegewezen ; dat de Raad van State zich in beide arresten immers beperkt tot de vernietiging van de besluiten tot aanstelling, respectievelijk affectatie van J. Van*

---

*en valt dus niet onder het toepassingsgebied van art. 101 K.B. 17 juli 1991"*.

<sup>1069</sup> Bijvoorbeeld na het arrest van de Raad van State nr. 19.232, DE ROUCK van 31 oktober 1978 (Rb. Gent 20 juni 1986, onuitg. (veroordeling tot betaling van 111.731 fr. vermeerderd met de vergoedende intrest aan het wettelijk tarief vanaf 1 november 1974 op 45.896 fr., vanaf 1 juli 1975 op 44.459 fr., vanaf 1 juli 1976 op 6.158 fr., vanaf 1 juli 1977 op 3.784 fr., vanaf 1 juli 1978 op 3.012 fr., vanaf 1 juli 1979 op 8.422 fr., telkens tot 9 april 1981 en met de gerechtelijke intrest vanaf 10 april 1981 (samen 136.000 fr.) ; er wordt onder meer akte verleend aan de eiser tot invordering van de in de toekomst gederfde financiële voordelen uit hoofde van anciënniteitsverlies (zie bijvoorbeeld ook Rb Brugge 7 maart 1989, onuitg.) ; na het arrest van de Raad van State nr. 20.015, DE CLERCQ van 8 januari 1980 (Rb. Dendermonde, 15 november 1984, onuitg. (veroordeling tot betaling van 212.433 fr., meer de vergoedende en gerechtelijke intresten), na de arresten van de Raad van State nrs. 20.602 en 20.603, resp. REESKENS en VAN ENGELAND van 30 september 1980 (Rb. Brussel, 9 oktober 1987 en 31 maart 1988, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 20.852, REESKENS van 13 januari 1981, na het arrest van de Raad van State nr. 21.482, DE WIJNGAERT van 20 oktober 1981 (Rb. Brussel, 21 maart 1986, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 23.864, ENEMAN, 10 januari 1984 (Rb. Brugge 7 maart 1989, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 28.180, SMOLDERS, 24 juni 1987 (Rb. Brussel, 13 juni 1995, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 28.890, LUCIANI, 24 november 1987 (Rb. Brussel, 12 juni 1995, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 30.042, VAN HOYLANDT, 10 mei 1988 (Rb. Brussel, 21 juni 1994, onuitg.), na het arrest van de Raad van State nr. 31.901, BAMBUST, 7 februari 1989 (Rb. Brussel, 3 februari 1995, onuitg.).

<sup>1070</sup> V. FRANCK-DE CALLATAY, "L'exécution...", l.c., 1-46 (34).

*der Auwera, maar niet overgaat tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing om appellant aan te stellen, dat die arresten derhalve geen concrete rechtsplicht van de overheid als grondslag van het rechtsherstel inhouden (...) "*<sup>1071</sup>*).*

Het voordeel van het vooraf bestaan van een arrest van de Raad van State is dat grotendeels aanvaard wordt dat de onwettigheid ook ten aanzien van de burgerlijke rechter vaststaat. S. LUST schrijft : *"Vernietigt de Raad van State de onwettige handeling, dan maakt dit de procedure voor de gewone rechter tot het bekomen van (...) bijkomend rechtsherstel bovendien heel wat gemakkelijker doordat de fout van de overheid alvast hic et nunc vaststaat ingevolge het gezag van gewijsde erga omnes dat aan het vernietigingsarrest kleeft"* <sup>1072</sup>.

De burgerlijke rechter verwoordt het o.m. als volgt :

*"(...) het annulatieberoep maakt een vorm uit van de uitoefening van het recht op schadeloosstelling waarbij door de Raad van State één van de elementen waarover de gewone rechtbank zich anders moet uitspreken, namelijk, het bestaan van een fout in hoofde van de overheid, definitief beslecht wordt."* <sup>1073</sup>.

311. De schadeloosstelling omvat in dit geval alle voordelen voortspruitend uit het geldelijk statuut (wedde, vakantiegeld, eindejaarspremie), uit het pensioenstatuut <sup>1074</sup>, de morele schade, eventuele verplaatsingskosten plus de -vergoedende en gerechtelijke - intresten. J. LUST verwijst naar een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Oudenaarde

---

<sup>1071</sup> Hof van Beroep Antw., 12 december 1988 inz. LAMBRECHTS, onuitg. Bevestiging van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 10 september 1984.

<sup>1072</sup> J. THEUNIS, G.W., art. 159, in X, *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 40 nr. 59 ; S. LUST, "Naar de gewone rechter of naar de Raad van State ?", in X, *Themis*, nr. 1, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Academiejaar 2001-2002, Brugge, Die Keure, 2001, 76-108. Zie P. LEWALLE, « L'autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », o.c. 238-242, nrs. 45-46 ; S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, o.c. 251-265, nrs. 515-534.

<sup>1073</sup> Bijvoorbeeld Rb Brussel, 13 juni 1995, onuitg.

<sup>1074</sup> R.v.St. nr. 29.459, OTTE, 1 maart 1988.

die oordeelt dat betrokkene gerechtigd is niet alleen op het weddeverlies (...), maar ook op de weddeaanpassingen door de hogere anciënniteit (ambts- en weddeanciënniteit) voor de toekomst en voor het verleden en uiteraard op de wettelijke intresten (<sup>1075</sup>). Het gaat om de uitspraak van de burgerlijke rechter na de zaak DECREUS van de Raad van State, aangehaald in dit werk (<sup>1076</sup>). P. LEWALLE is het niet helemaal eens met de uitspraak dat de betrokkene na het arrest van de Raad van State gerechtigd is op het verlies aan wedde :

*"Que l'agent réintégré ait droit à la réparation de l'intégralité du dommage qu'il a subi n'est pas contestable ; qu'il puisse réclamer purement et simplement les traitements qui ne lui ont pas été payés alors qu'il a sans doute recueilli, pendant la durée de l'éviction illégale, d'autres rémunérations, c'est verser dans l'irréalisme"* (<sup>1077</sup>),

zich daarbij steunend op een uitspraak van het Hof van Cassatie van 8 juni 1984 (<sup>1078</sup>).

Uit de gedingen die zopas werden aangehaald (<sup>1079</sup>) blijkt dat die vrees onterecht is omdat de burgerlijke rechter de vordering toewijst voor het verlies aan wedde maar verminderd met de inkomsten die betrokkene heeft genoten. Er wordt trouwens in verscheidene uitspraken door de burgerlijke rechter voorbehoud verleend voor het geval de Rijksdienst voor arbeidsvoorziening de werkloosheidsuitkeringen zou terugvorderen.

---

<sup>1075</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 133-134, nr. 51, vn. 81.

<sup>1076</sup> Randnr. 334, "Dwangsom bij de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid".

<sup>1077</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 1027.

<sup>1078</sup> Cass., 8 juni 1984, *J.T.* 1985, 39.

<sup>1079</sup> In voetnoot 1068.

Eveneens wordt voorbehoud verleend met betrekking tot het toekomstig verlies aan financiële voordelen verbonden aan de loopbaan (<sup>1080</sup>).

312. De burgerlijke rechter onderzoekt niet meer het bestaan van de fout (<sup>1081</sup>) nu die uit een annulatiearrest (<sup>1082</sup>) erga omnes blijkt (<sup>1083</sup>), zo oordeelt het Hof van Cassatie :

---

<sup>1080</sup> Nu niet op het ogenblik van de uitspraak bekend kan zijn hoelang de loopbaan zal duren.

<sup>1081</sup> Zie Hof van Beroep te Brussel, overwegend dat elke door de Raad van State vastgestelde machtsoverschrijding, naderhand een afzonderlijk bewijs van de fout volkomen overbodig maakt (Brussel 14 september 1978, *J.T.* 1979, 484) ; Cass. 3 mei 1982 *R.W.*, 1984-85, 606 ; zie ook Rb. Brussel 26 juni 1992, *T. Aann.* 1993, 203 : "indien na een vernietigingsarrest van de Raad van State van een gekozen offerte, de beweerde leverancier een eis tot schadevergoeding op basis van artikel 1382 BW instelt, moet de schuld als bewezen worden geacht".

<sup>1082</sup> Wat de band tussen het door de administratieve en door de burgerlijke rechter vastgestelde bij een schorsingsarrest betreft, stelt L.M. VENY dat de "Raad van State m.b.t. de beoordeling of er een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voorhanden is, gebonden is door de beslissing van de burgerlijke kort gedingrechter die vaststelt dat er geen "hoogdringendheid" bestaat. Omgekeerd kan er evenmin van worden uitgegaan dat de burgerlijke kort gedingrechter m.b.t. de vaststelling van hoogdringendheid niet zou zijn gebonden door de uitspraak van de Raad van State omtrent het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, ofschoon die grondvoorwaarde veel restrictiever is dan de spoedeisendheid in het burgerlijk kort geding", daarbij verwijzend, wat dit laatste betreft, naar Cass. 8 november 1996, *R.W.* 1996-97, 1256. ("Het kort geding in onderwijszaken", *T.O.R.B.* 1998-1999, nr. 5-6, 378).

<sup>1083</sup> "(...) Het kan gebeuren dat, terwijl de gewone rechter een administratieve beschikking als wettig beschouwt en op grond daarvan zelfs een strafrechtelijke veroordeling uitspreekt, de Raad van State integendeel diezelfde beschikking nadien als onrechtmatig afkeurt en vernietigt. Moest de Raad van State in een dergelijke zaak echter eerst uitspraak hebben gedaan en de administratieve beschikking vernietigd hebben, dan ware in dat geval natuurlijk een strafrechtelijke veroordeling niet mogelijk geweest : de gewone rechter is gebonden door een annulatiearrest van de Raad van State in de mate dat dit de administratieve beschikking vernietigt, vermits deze vernietiging geldt erga omnes. In die ene hypothese zijn de twee orden van jurisdicties dus niet volledig onafhankelijk van elkaar. Het komt ons voor dat een annulatiearrest de gewone rechter niet alleen bindt wat zijn dispositief betreft - het wegvallen der akte of althans van haar onrechtmatige rechtsgevolgen - maar ook wat betreft de onverbrekkelijk aan het dictum verbonden motieven, dat wil zeggen dat wanneer de Raad van State een akte onrechtmatig verklaart en daarop steunend de akte vernietigt, de gewone rechter het feit van de onrechtmatigheid als definitief vaststaand moet aanvaarden en de onrechtmatigheid in hoofde van de overheid moet aanrekenen als een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. (...) Die dubbele rechtsgang (annulatie enerzijds, schadeloosstelling anderzijds) wijst eerder op een gebrek aan coördinatie, dan op een overdaad aan bescherming." (P. VERMEULEN, "De inroeping van de onrechtmatigheid van een administratieve beschikking als grondslag van een vordering tot



"Overwegende dat, wanneer een gewone rechtbank, op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, rechtsgeldig kennis neemt van een aansprakelijkheidsvordering ten gevolge van machtsverschrijding wegens miskennning door de administratieve overheid van de grondwets- of wetsregels volgens welke zij op een bepaalde manier iets niet of wel moet doen, en dat die machtsverschrijding door de Raad van State met nietigverklaring van die administratieve handeling is gesanctioneerd, de gewone rechtbank, gezien het gezag van gewijsde "erga omnes" van zodanige beslissing tot nietigverklaring, noodzakelijk moet beslissen dat de administratieve overheid van wie de nietig verklaarde handeling uitgaat, een fout heeft begaan en dat die fout tot herstel aanleiding geeft als het oorzakelijk verband tussen de machtsverschrijding en de schade bewezen is" (<sup>1084</sup>).

De burgerlijke rechter bevestigt dit al eens op pertinente wijze :

"Verweerster draait het probleem van de bewijslast om, en verzoekt de burgerlijke rechter om in een glazen bol te kijken en te voorspellen, wat de Raad zou gedaan hebben, mocht zij (verweerster), op formeel geldige wijze haar beslissingen hebben genomen, op basis van voldoende en coherent feitenmateriaal, met naleving van de motiveringsplicht, waarbij haar uitgangspunt lijkt te zijn, dat de Raad die niet zou vernietigd hebben, of minstens dat de Administratie dan identieke maatregelen zou

---

nietigverklaring van een latere beschikking", T.B.P. 1957, 81-82). "De rechtspraak zal er bijna vijftientig jaar over doen om in deze problematiek klaarheid te scheppen", schrijft M. LEROY die een overzicht daarvan geeft (M. LEROY, De afdeling administratie, kort historisch overzicht, Raad van State, Liber Memorialis, coord Mys§Breesch, 1999, 1948-1998, 184-185). Zie de kritiek van L.P. SUTENS op de rechtspraak van de burgerlijke hoven en rechtbanken dat de rechtzoekende die een schadeloosstelling wil verkrijgen niet verplicht is vooraf een annulatieberoep in te dienen bij de Raad van State in "Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura", in Liber amicorum Jan Ronse, Gent, 1986, 91-102 (opgenomen in het Gedenkboek Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare, Die Keure, 1997, 435-448)) ; SUTENS oordeelt dat het een beginsel van behoorlijk burgerschap is dat een burger die een bestuurshandeling onrechtmatig acht, gebruik moet maken van de door de wetgever geboden mogelijkheid om die handeling rechtstreeks aan te vechten voor de Raad van State, op straffe van rechtsverwerking. De burgerlijke rechter antwoordt daarop "Wanneer de krenking van het subjectief recht volgt uit een administratieve beslissing dan is de bevoegdheid van de burgerlijke rechter niet aangetast door de omstandigheid dat deze beslissing niet tijdig is aangevochten geworden voor de Raad van State. Prof. SUTENS heeft in zijn artikel (...) zelf gewezen op de bestaande rechtspraak (...). Er is geen reden om (die) te verlaten en dat zou ten aanzien van de burgers die met deze rechtspraak rekening hielden, een onbillijkheid zijn" (Rb. Gent, 24 februari 1989, onuitg.).

<sup>1084</sup> Cass. 21 juni 1990.

hebben genomen, die dan wellicht niet zouden vernietigd zijn door de Raad... Dergelijke theoretische bespiegelingen passen wellicht in een cursus "rechtstheorie" maar zijn niet relevant in deze zaak (...). Het komt de burgerlijke rechter geenszins toe om de motieven en consideransen van de Raad te interpreteren, te bespreken, te becritiseren, om aldus de schadevergoedingseis af te wijzen. Verweerster redeneert alsof de burgerlijke rechter een soort beroepsinstantie zou zijn van dit Hoog Rechtscollege, wat vanzelfsprekend volledig is uitgesloten. (...)" <sup>(1085)</sup>.

Of nog in volgende uitspraak <sup>(1086)</sup> :

"(...)De redenering van verweerster komt hierop neer, dat de tussenkomst van de Raad nutteloos zou zijn nu de feitenrechter eigenmachtig, los van de arresten van dit hoog Rechtscollege, zou kunnen oordelen over het causaal verband tussen fout en schade. Een dergelijke redenering is volkomen onjuist, zowel in rechte als in feite".

313. M. BOES is van oordeel dat dit standpunt voor kritiek vatbaar is en dat de stelling verwoord door het Hof van Beroep te Brussel <sup>(1087)</sup>, die luidt "*que rien ne conduit à penser que l'annulation critiquée procède d'un examen de la question fait à la légère ou d'un manque de compétence professionnelle*" meer aanvaardbaar is <sup>(1088)</sup>. Een vernietigingsarrest van de Raad van State moet volgens M. BOES voor de rechter een belangrijk element zijn bij de beoordeling of er een fout is begaan, als het ware een vermoeden juris tantum, maar niet een absoluut bewijs, geen vermoeden juris et de jure :

"Wat blijft er dan nog over van het gezag van een annulatiearrest voor de civiele rechter ? Ten eerste, dat hij de vernietigde bestuurshandeling niet meer wettig mag bevinden ; ten

---

<sup>1085</sup> Bijvoorbeeld ook Rb. Brussel, 14 januari 1992, onuitg.

<sup>1086</sup> Rb. Brussel 14 januari 1992, onuitg.

<sup>1087</sup> Brussel, 11 mei 1970, R.J.D.A. 1972, 152 ; absoluter is dan weer bijvoorbeeld Brussel, 14 september 1978, J.T. 1979, 484 : "*Attendu que la constatation de cette illégalité par le Conseil d'Etat, valable erga omnes, rend inutile la preuve distincte de la faute ; ... qu'elle laisse subsister le contrôle du juge civil sur l'indemnité de l'acte illégal avec le fait qui sert de fondement à la demande d'indemnisation ainsi que sur la réunion des autres conditions de mise en œuvre de l'article 1382 du code civil* ».

<sup>1088</sup> M. BOES, "Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing", R.W. 1986-1987, 1256.

tweede dat hij, met name in het kader van een vordering op basis van artikel 1382 B.W., in het arrest een ernstige, maar niet noodzakelijk determinerende aanwijzing van het fout-element zal vinden" <sup>(1089)</sup>.

Het Hof van beroep te Gent oordeelt genuanceerd :

"Teneinde te kunnen oordelen of de (overheid) in casu foutief heeft gehandeld, dienen te dezen de arresten van de Raad van State, motivering inbegrepen, nader te worden onderzocht. T.a.v. de overheid beschikt de Raad van State over een verder gaande onderzoeksbevoegdheid dan de gewone rechtsmacht, wat hem in staat stelt vaak dieper in te gaan op de achterliggende motieven van de overheidshandeling waardoor hij gemakkelijker de schending van een rechtsregel of van een algemeen rechtsbeginsel zal kunnen vaststellen" <sup>(1090)</sup>.

Meer algemeen zou inderdaad de vraag kunnen rijzen of de vastgestelde onwettigheid altijd een fout - foutief gedrag - tot gevolg heeft. Indien bijvoorbeeld de rechtspraak van de Raad van State lange tijd in dezelfde richting gaat en door welkdanige verandering dan ook wijzigt, terwijl de overheid zich richtte naar de vaste rechtspraak, rijst de vraag of haar schuldig gedrag kan worden aangerekend. I. RORIVE stelt terzake

"(...)Cette incidence très directe de l'action du Conseil d'Etat sur le façonnement du droit administratif ressort, par exemple, d'une décision de la Cour d'appel de Bruxelles suivant laquelle un revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat peut être constitutif d'une erreur invincible exonératoire de responsabilité » <sup>(1091)</sup>.

Wat de overmacht betreft, stelt ook J.L. FAGNART

---

<sup>1089</sup> M. BOES, "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State", o.c., 18-19.

<sup>1090</sup> Gent, 3 mei 2000, R.W. 2002-2003, 749-751. Het Hof stelt dat de schade bestaat uit het verlies van een kans, (...) die niet voor exacte becijfering in aanmerking komt, aangezien er tal van niet te achterhalen factoren een rol kunnen spelen bij de omvang van de schade die derhalve enkel vatbaar is voor een raming in billijkheid.

<sup>1091</sup> I. RORIVE, « Revirement de jurisprudence au Conseil d'Etat : un « considérant » pour retirer en toute circonstance la qualité d'autorité administrative aux établissements d'enseignement libre, à propos de l'arrêt DESCHUTTER du 13 février 2001 », A.P.(T), 281-287 (285), vn. 33.

"Les cas dans lesquels l'Administration se trouve dans l'impossibilité absolue de comprendre la portée exacte de la loi, sont bien rares. On ne peut guère envisager une l'hypothèse dans laquelle, avant un revirement de jurisprudence (à condition que le revirement de la jurisprudence ne puisse être prévu) ou l'adoption d'une loi interprétative, l'Administration aurait suivi l'interprétation d'une disposition légale proposée par exemple par le Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat. Dans cette hypothèse, l'erreur qu'elle aurait commise, pourrait être considérée comme invincible" (<sup>1092</sup>).

Het Hof van Cassatie houdt ook een voorbehoud aan waar het oordeelt dat de door de Raad van State vastgestelde onwettigheid meteen ook het bewijs van de fout levert, behoudens(...) een andere oorzaak van vrijstelling van aansprakelijkheid (<sup>1093</sup>).

A. VAN OEVELEN verwijst in dezelfde bewoordingen naar het feit dat de burgerlijke rechter gebonden is door het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest, in het geval dat een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld (<sup>1094</sup>) ; de burgerlijke rechter is verplicht te beslissen dat de overheid die de nietigverklarde beslissing heeft toegepast, een quasi-delictuele fout heeft begaan indien de onwettigheid voortvloeit uit de schending van een norm die aan de overheid een verplichting oplegt en voor zover de overheid zich niet kan beroepen op een onoverkomelijke dwaling of op een andere

---

<sup>1092</sup> coor J.L. FAGNART, "La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir", noot onder Rb. Brussel 14 september 1979, A.P.(T) 1979-1980, 56-62 (61).

<sup>1093</sup> Bijvoorbeeld Cass. 3 mei 1982, R.W. 1984-85, 606. Zie daarover eveneens M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 135.

<sup>1094</sup> E. KRINGS vermeldt dat evenzeer, dit onder verwijzing naar GANSHOF VAN DER MEERSCH en naar het Cassatiearrest van 13 mei 1982 (Arr. Cass. 1981-82, 1134, concl. Adv.-gen. J. VELU, *Pas.*, 1982, I, 1056) (E. KRINGS, Concl. bij Cass. 23 maart 1984, R.W. 1984-85, 32). Zie bijvoorbeeld ook J. BOUCKAERT, "Recente jurisprudentiële tendenzen op het vlak van de milieuaansprakelijkheid van gemeenten (Raad van State en gewone hoven en rechtbanken)" in LEUS, K. (ed.), *Milieuaansprakelijkheid van gemeenten*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 79-120.

rechtvaardigingsgrond die haar van aansprakelijkheid vrijstelt (<sup>1095</sup>).

314. De vraag rees of de burgerlijke rechter zich zou conformeren aan de rechtspraak van de Raad van State die oordeelt dat degenen die geen beroep hebben ingesteld, vervallen zijn van hun aanspraken op de benoeming in geschil. De burgerlijke rechter heeft die rechtsconstructie aanvaard en heeft verwezen naar de rechtspraak van de Raad van State die de beter gerangschikten vervallen verklaart van het recht dat uit die betere rangschikking voortvloeit (<sup>1096</sup>). Ook de justitiële rechter houdt dus geen rekening met grotere aanspraken van anderen omdat die niet voor hun recht zijn opgekomen. Daarnaast werd verwezen bij de bespreking van de „deformatie-theorie“ (<sup>1097</sup>).

315. Wat de geldelijke anciënniteit (<sup>1098</sup>) betreft van diegene die ten onrechte werd aangesteld, mag die behouden blijven omdat de niet aangestelde verzoeker er juridisch geen belang bij heeft die ontnomen te zien. In de zaak VAN HERREWEGHE (<sup>1099</sup>) vernietigt de Raad van State de aanstelling van VAN HEUVERZWIJN waarna het bestuur aan deze laatste schrijft dat tengevolge de annulatie, haar vernietigde aanstelling voor het verdere verloop van haar loopbaan uit haar dienst-, ambts- en sociale anciënniteit wordt geweerd. Evenmin

---

<sup>1095</sup> A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984" *l.c.*, kol. 1431-1432 en de overvloedig geciteerde rechtsleer in voetnoot 58 ; D. LAGASSE, "Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives", in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 210.

<sup>1096</sup> Bijvoorbeeld in het vonnis DE ROUCK tegen de Belgische Staat van 20 juni 1986 (onuitg.) wordt ter zake verwezen (punt 2.2.) naar hetgeen daaromtrent wordt geoordeeld in het arrest DE ROUCK van de Raad van State van 13 mei 1977.

<sup>1097</sup> Zie randnr. 223.

<sup>1098</sup> De geldelijke anciënniteit is de totale anciënniteit die in aanmerking genomen wordt voor de vaststelling van de individuele wedde van het personeelslid.

<sup>1099</sup> R.v.St. nr. 35.025, VAN HERREWEGHE, 29 mei 1990.

zou die periode in aanmerking worden genomen voor het bepalen van de geldelijke en pensioenanciënniteit (<sup>1100</sup>). Daarop vordert de overheid de geldelijke anciënniteit terug. Betrokkene schrijft de minister aan, zich steunend op de argumentatie vervat in het arrest TIBAX (<sup>1101</sup>), met name dat een verzoeker geen belang heeft bij het ongedaan maken van de geldelijke anciënniteit omdat de vernietiging beperkt blijft tot het juridisch belang dat een verzoeker bij zijn beroep heeft. Dit belang kan niet zover reiken dat het ook de vordering tot terugbetaling van de ontvangen wedde omvat. Volgenderwijs :

*"(...) Bekomt also een verzoeker de vernietiging van de bevordering van een concurrent, die de directe adressaat van de bestreden bevordering is, dan heeft dat niet tot gevolg dat een beslissing van de overheid welke bijzondere pecuniaire voordelen aan die bevorderde concurrent toekende, retroactief vervalt. Een ambtenaar heeft er geen aanvaardbaar persoonlijk belang bij dat de wedde, uitbetaald op grond van de bestreden bevordering voordat die vernietigd was, zou worden teruggevorderd. Dat gemis aan belang van de verzoeker in verband met de pecuniaire beslissingen welke de nagekomen afgeleide gevolgen zijn van de bestreden bevordering, heeft tot gevolg dat in het materiële voorwerp van zijn vordering tot vernietiging van de aan zijn concurrent gegeven bevordering, niet begrepen is het ongedaan maken van die pecuniaire gevolgen, zodat de vernietiging van de bevordering die pecuniaire gevolgen niet retroactief aantast (...) "* (<sup>1102</sup>).

Het bestuur heeft haar redenering terecht bevonden zodat ze er niet toe gehouden was het gevorderde terug te betalen aan de overheid (<sup>1103</sup>).

---

<sup>1100</sup> Brief van 24 augustus 1990 van de administratie van Onderwijs aan tussenkomende partij VAN HEUVERZWIJN.

<sup>1101</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.

<sup>1102</sup> overw. 1.5.2. van het arrest TIBAX. S. LUST verwijst dienaangaande naar rechtspraak en rechtsleer (*Rechtsherstel...*, o.c., 210, nr. 138, vn. 824) ; zie ook M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c. 644.

<sup>1103</sup> De vraag rees of de terugvordering haar grondslag kon vinden in artikel 1382 van het Burgerlijk wetboek nu er goede trouw bij tussenkomende partij aanwezig was. Als iemand een fout had begaan, was het wel de overheid zoals uit het arrest van de Raad van State blijkt (...). Het is algemeen aanvaard dat het recht op vergoeding voor gepresteerde diensten niet wordt betwist (zie Cass., 11 januari 1952, *Pas.*, 1952, I, 248) maar dus ook de wedde-anciënniteit is verworven.

316. Er werd nagegaan of degenen die hun geding voor de Raad van State hadden gewonnen, niet onmiddellijk na het arrest van de Raad van State, zonder de rechtsgang bij de burgerlijke rechter, financieel schadeloos konden worden gesteld. In een algemene minnelijke schikking ging de toenmalig bevoegde minister ermee akkoord de vergoeding voor gederfd loon te laten uitbetalen zonder tussenkomst van de burgerlijke rechter. De minister besloot, in een werkgroep bestaande uit leden van de administratie, van het kabinet en van de vakorganisaties van het overheidsperoneel, die algemene regeling te verantwoorden ; daarover heeft hij op 6 januari 1989 aan de Voorzitter van het Rekenhof advies gevraagd. In de nota ter zake wordt gevraagd de weddeanciënniteit en de geldelijke anciënniteit te laten behouden van de personeelsleden wier benoeming werd vernietigd omdat zij het slachtoffer zijn van handelingen waaraan zij geen schuld hebben. Het Rekenhof heeft er zich niet akkoord mee verklaard dat de rechtzoekenden onmiddellijk door de minister schadeloos zouden worden gesteld omdat de minister dat volgens dit college niet vermocht zonder titel van de rechter. Zulks hield in dat na een annulatiearrest de gewone rechter door iedere verzoeker individueel moest worden aangesproken met alle kosten en tijdverlies vandien.

Dat tijdverlies was er niet alleen door de duur van de rechtsgang doch ook doordat de overheid draalde met uitbetalen : na het vonnis van de burgerlijke rechter kon inderdaad opnieuw soms jaren worden gewacht op de schadeloosstelling door de overheid, die in het verleden bijwijlen herhaaldelijk daartoe moest worden aangemaand (<sup>1104</sup>).

317. A. MAST e.a. vragen zich af in welk opzicht de wetgever de grondwet zou miskennen indien hij aan de rechtzoekende die ingevolge de onwettige handeling van een

---

<sup>1104</sup> Het Handvest van de gebruiker van de openbare diensten van 4 december 1992 (B.S. 22 januari 1993) stelt weliswaar o.m. : "De openbare diensten dienen de bedragen waarop de gebruikers, op welke grond ook, recht hebben zo snel mogelijk uit te betalen. Hierbij dienen zij zowel rekening te houden met hun betalingsmogelijkheid, als met de betalingen die prioritair moeten gebeuren om de continuïteit van de dienstverlening veilig te stellen, als met het bij voorrang uitbetalen aan de minstbedeelde gebruikers. (...)" (1155).

administratief orgaan schade heeft ondervonden, de mogelijkheid zou geven om aan de rechter die over de vernietiging uitspraak doet, ook het herstel van de schade ingevolge de vernietigde handeling te vragen ? Stellen dat dit uitsluitend de gewone rechter toekomt, is vooruitlopen op een beslissing die alleen aan de wetgever toekomt (<sup>1105</sup>).

318. Hier kan worden verwezen naar de mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding waarover de Raad van State in Nederland beschikt (<sup>1106</sup>). De Nederlandse administratieve rechter kan, in tegenstelling derhalve tot wat in België het geval is, het bestuur op grond van artikel 8:73 van de Algemene Wet Bestuursrecht veroordelen tot vergoeding van de schade, geleden door het onrechtmatig overheidsbesluit (<sup>1107</sup>). Het hoeft niet te worden beklemtoond dat die gecombineerde actie tot vernietiging en schadevergoeding veel tijdswinst oplevert. In de memorie van toelichting bij de Algemene Wet Bestuursrecht wordt opgemerkt dat er beoogd werd de administratieve rechter uit te rusten met adequate bevoegdheden, zodat in beginsel geen civielrechtelijke rechtsgang meer behoeft te worden gevolgd (<sup>1108</sup>).

De bestuursrechter kan die veroordeling evenwel overlaten - het betreft geen uitsluitende bevoegdheid - aan de civiele kamer en ook de burger kan besluiten zich voor schadevergoeding te wenden tot de civiele kamer van de rechtbank. STROINK is van oordeel dat die constructie, die nog de mogelijkheid tot twee rechtsgangen openlaat, ongelukkig is omdat de gang naar de burgerlijke rechter tijdrovend is en rechtsongelijkheid kan

---

<sup>1105</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 646 nr. 717.

<sup>1106</sup> Ook nog vermeld onder randnrs. 379.

<sup>1107</sup> De grondwetswijziging van 1983 stelt het artikel 112 in waarvan het tweede lid bepaalt dat de wet de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, kan opdragen aan, hetzij de rechterlijke macht, hetzij gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.

<sup>1108</sup> P.J.J. VAN BUUREN en J.M. POLAK (m.m.v. T.C. BORMAN), *Algemene wet bestuursrecht*, Tekst en commentaar, Tweede druk, Kluwer-Deventer, 2001, 286.



veroorzaken. In ongeveer identieke zaken kan de ene rechtbank de zaak wel volledig afdoen wat de schadevergoeding betreft, terwijl de andere rechtbank die afdoening overlaat aan de civiele kamer. Toch kan er nu reeds worden geconcludeerd dat de bestuursrechter bij verzoeken om schadevergoeding dezelfde maatstaven hanteert als de burgerlijke rechter en het ligt in de bedoeling dat de administratieve rechter na verloop van tijd schadeverzoeken zelf geheel afhandelt (<sup>1109</sup>). B.J. SCHUELER haalt aan dat de gepubliceerde jurisprudentie van na de invoering van de Algemene Wet Bestuursrecht laat zien dat de meeste bestuursrechters er naar streven een verzoek op grond van art. 8:73 inderdaad met een oordeel over schadevergoeding te beantwoorden en dat zij slechts bij uitzondering voor een oordeel over schadevergoeding uitdrukkelijk naar de burgerlijke rechter verwijzen (<sup>1110</sup>). De bestuursrechters hebben zich volgens R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J.BOK in korte tijd ontwikkeld tot de primaire schadevergoedingsrechters in bestuursrechtelijke geschillen omdat zij bij de beoordeling van schadevergoedingsverzoeken mede aansluiting hebben gezocht bij het civiele schadevergoedingsrecht (<sup>1111</sup>).

Het ware om reden van een goede rechtsbedeling waaronder het proceseconomisch element, uiterst wenselijk deze bevoegdheid aan de Belgische Raad van State toe te kennen.

---

<sup>1109</sup> F.A.M. STROINK, *Algemeen Bestuursrecht*, o.c., 161.

<sup>1110</sup> B.J. SCHUELER, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Kluwer - Deventer, 1997, 24-25.

<sup>1111</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J. BOK, "Snelheid van rechtspraak", in *Snelheid en kwaliteit van rechtspraak in België en Nederland*, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Utrecht, 1998, 71. Voor zover een uitspraak strekt tot betaling van een bepaald geldbedrag (onder meer schadevergoeding) kan zij ten uitvoer gelegd worden overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

### HOOFDSTUK 3. HOE KAN EEN VERZOEKENDE PARTIJ DE OVERHEID VERPLICHTEN OM OPNIEUW TE HANDELEN NA EEN ANNULATIEARREST VAN DE RAAD VAN STATE DAT EEN BESLISSING Vernietigt Genomen In Discretionaire Bevoegdheid ?

#### *AFDELING 1. Een nieuw beroep bij de Raad van State*

319. De oorspronkelijke verzoekende partij moet de eventuele nieuwe benoeming van de persoon wiens benoeming vernietigd was, opnieuw aanvechten teneinde deze niet definitief te laten worden. De vraag rijst hoe vaak dit moet gebeuren ; uit de hiervoor besproken zaken VAN DEN ABEELE blijkt dat ook na zes opeenvolgende keren de overheid hem niet wilde benoemen, waarbij de vraag naar effectieve rechtsbescherming kan worden opgeworpen. Voornamelijk ingesteld om de burger te dienen (<sup>1112</sup>), moet de administratieve rechter het bestuur niet pogen te sparen. Het is de taak van de rechter aan het bestuur te laten weten wat wettig is en wat niet, en wat dus na een onwettig optreden nog overblijft als juridisch aanvaardbare mogelijkheden. Dat is in rechte perfect mogelijk : het feit dat het bestuur onwettig heeft gehandeld, bewijst dat hetzij, ze niet wist hoe wettig te handelen, hetzij ze dat niet wilde. In beide gevallen is de rechter daar om het bestuur daarop te wijzen ; indien de rechter oordeelt : "dat kan U niet meer doen" stelt hij echter nog niet "dat moet U doen".

Elke overheid vermag rechtens naar haar keuze te handelen indien zij daar maar een deugdelijke reden voor heeft en in voorkomend geval moet de rechter zich ervan onthouden op te treden en zal hij dat ook niet doen. De rechter mag zich echter aan zijn verplichting tot rechtsherstellend optreden niet

---

<sup>1112</sup> Zie voorwoord bij A. MAST, J., M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c. I. ; We kunnen hier de discussie terzijde laten over wat het eerste doel van de oprichting van de Raad van State was : de objectieve rechtsbescherming, met name het herstel van de wettigheid, of de rechtsbescherming van de burger en waar de klemtoon thans zou liggen.

onttrekken en dat zou hij nu juist wel doen indien hij zou menen dat hij bij discretionaire bevoegdheid de overheid niet zou mogen voorhouden : handel, maar neem in acht wat ik onwettig heb bevonden.

## § 1. De hinderpaal van onder meer het verhoogde zegelrecht

320. Bij dat telkens weer aanvechten van benoemingen voor de Raad van State worden verzoekende partijen gehinderd door het zegelrecht <sup>(1113)</sup>. Ingeval zij een beroep doen op professionele verdediging, wat meestal het geval is en wat door de Raad van State soms wordt gesuggereerd indien een verzoeker er zelf niet in slaagt zijn grief dusdanig te formuleren dat die als een annulatiemiddel kan worden onderkend <sup>(1114)</sup>, wordt een nog grotere rem gezet op procederen. Het verschil met het voorheen verschuldigde zegelrecht <sup>(1115)</sup> moet wellicht vooral voor een deel van de ambtenaren tot gevolg hebben dat door hen nauwgezetter wordt nagegaan wat de mogelijke slaagkansen van een geschil zijn. In de jaren zeventig, toen aan de grotere statutaire aanspraken van honderden leerkrachten in het onderwijs werd voorbijgegaan, bedroeg het zegelrecht slechts 750 fr. wat de toegang tot de rechter vlot mogelijk maakte <sup>(1116)</sup>.

## § 2. De hinderpaal van de ontmoediging

---

<sup>1113</sup> "Het laag houden van de toegangsdrempel dient het kostenrisico evenredig te houden met het belang van de rechtzoekende" (P. POPELIER, "Behoorlijke rechtsbedeling als beginsel van zorgvuldig overheidsoptreden : overwegingen bij een terechtwijzing", R.W., 1994-95, 876-879 (877)).

<sup>1114</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 94.533, DERUDDER, 5 april 2001.

<sup>1115</sup> 750 fr. tegenover thans 7.000 fr. ; wordt daar een schorsing aan voorafgegaan dan bedraagt het zegelrecht 14.000 fr.

<sup>1116</sup> Het komt ons voor dat in een rechtsstaat niet het zegelrecht moet worden verhoogd om te verhinderen dat er meer gedingen worden ingeleid ; de rechtsstaat is het zichzelf verschuldigd of over meer magistraten te beschikken of over een andere organisatie van de administratieve rechtsmacht om het verhoogde aantal dossiers te behandelen.

321. Komt daar de ontmoediging bij, zowel door de duur van een procedure als door de herhaling ervan. Aan de duur van een geding voor de Raad van State is deels verholpen geworden door het administratief kortgeding. Maar zoals blijkt uit hun brieven en stukken, raken verzoekende partijen door het herhaald procederen psychologisch uitgeput, bijvoorbeeld de verzoekende partijen VAN DEN ABBEELE, DE MEUTER...<sup>(1117)</sup>. Een geding wordt doorgaans constant door de verzoekende partij „meegedragen” en na twee gewonnen gedingen, zonder enig resultaat voor de situatie van de verzoeker raakt diens kracht en weerbaarheid om opnieuw te ageren op. Ook M.L. THOMAS zinspeelde daar reeds op :

*„Le requérant qui a eu gain de cause et qui se heurte au refus de l'administration de tirer les conséquences de l'arrêt peut (...) également demander l'annulation de la nouvelle décision contraire à la chose jugée. Il l'obtiendra sans peine, mais si la mauvaise volonté de l'administration persiste il risque d'être entraîné à introduire des recours successifs ou...de se décourager”<sup>(1118)</sup>.*

In dezelfde zin stelt R. ELST <sup>(1119)</sup> dat de langdurige procedure vaak gepaard gaat met “allerlei morele kwellingen (hooggespannen verwachtingen, vrees, onzekerheid (...) en plagerijen voor de verzoekende partij (onheuse begroeting of negatie, somber werklokaal, overbelasting met taken of verveling in de vergeethoek, pogingen tot het belachelijk maken in vergaderingen), onzekerheid voor de bevorderde partij en stoornis in de goede samenwerking in de diensten. Ze schept wederkerig heel veel moreel leed”.

---

<sup>1117</sup> Al is het ingevolge de opeenvolgende gedingen voor de Raad van State dat verzoekende partij DE MEUTER inmiddels benoemd werd.

<sup>1118</sup> M.L. WILLOT-THOMAS, “Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative -Rapport belge au I<sup>er</sup> Congrès de l'Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives, tenu à Luxembourg les 15, 16 et 17 juin 1992”, A.P. (T) 1992, 71-87 (86).

<sup>1119</sup> R. ELST, “Rechtsbescherming der ambtenaren tegen onrechtmatige bevorderingen door de Raad van State”, T.B.P. 1981, 297-302.

Maar ook recenter wijst D. PATTART daarop : *"Rien n'empêche l'autorité administrative de méconnaître cette deuxième annulation comme elle a méconnu la première. C'est le début d'un carrousel d'annulations qui ne s'arrêtera qu'au moment où, résigné, le requérant renoncera à encore introduire le recours"* <sup>(1120)</sup>.

Het kan erop lijken dat de in dit werk gesuggereerde oplossing waardoor verzoekende partijen in drie fases zouden dienen tewerk gaan, de ontmoediging in de hand zou werken. Zoals beargumenteerd <sup>(1121)</sup>, komt het ons voor dat juridisch op geen andere wijze kan worden geprocedeerd terwijl dan ook het resultaat een daadwerkelijke benoeming voor verzoekende partij is. Bovendien vernietigt de Raad van State sinds medio 2002 al onmiddellijk, met name in het dictum van het eerste annulatiearrest, de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen zodat mogelijks rechtsherstel in de zin zoals dit werk beoogt, kan worden verkregen in een eerder stadium.

De aangehaalde voorbeelden tonen aan dat zelfs veelvuldiger gedingen noodzakelijk zijn geweest om uiteindelijk zelf een benoeming of aanstelling te verwerven doch nog vaker is het eindresultaat ondanks de herhaalde vernietigingsarresten negatief gebleven.

## **AFDELING 2. De ombudsdienst**

322. Deze mogelijkheid wordt slechts even aangeraakt in het raam van dit hoofdstuk, dat er op gericht is wegen aan te geven voor een zo optimaal mogelijke uitvoering van een annulatiearrest ; wij verwijzen naar de overvloedige rechtsleer <sup>(1122)</sup>. Zoals reeds aangeraakt bij de zaken DE

---

<sup>1120</sup> D. PATTART, "L'astreinte judiciaire et l'astreinte devant le Conseil d'Etat", *Annales de Droit de Louvain*, 1998, 84.

<sup>1121</sup> Onder randnr. 365.

<sup>1122</sup> Voor een overzicht, zie o.a. *De rechtsgids, Constitutioneel en administratief recht*, DILLEMANS, deel III, C 82. "Administratieve rechtsbescherming", G. VAN HAEGENDOREN, C 82.2/1-82.2/3 ; S. LUST, *Rechtsherstel*..., o.c. 44-46, nr. 21 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en

MEUTER, kan de - in dat geval - federale ombudsdienst (<sup>1123</sup>) zonder formalisme en zonder kosten (<sup>1124</sup>) worden aangeschreven om bekendheid te geven aan het feit dat het arrest niet wordt uitgevoerd en om de ombudsman te laten tussenkomen bij het bestuur ; van die tussenkomsten en van de houding van het bestuur wordt melding gemaakt in een jaarverslag. In het jaarverslag 1999 heeft het College van de federale ombudsmannen gesteld dat zij reeds het vorig jaar gewezen hadden op het feit dat de administratie de redelijke termijn voor de uitvoering van de arresten van de Raad van State niet in aanmerking neemt (<sup>1125</sup>). Het College stelt o.m. dat het dossier DE MEUTER nog steeds niet afgesloten is, dat het niet wil tussenkomen in de afweging van de verdiensten van kandidaten voor een benoeming, maar dat het frappant is dat de administratie nalaat haar keuzes op een degelijke manier te motiveren :

*„Zelfs na een eerste vernietigingsarrest neemt de administratie opnieuw het risico een beslissing te nemen zonder de voorziene motiveringsregels na te leven. (...) Een veldslag voor de Raad van State zou (bij motivering) kunnen vermeden worden“* (<sup>1126</sup>).

O. DAURMONT schrijft :

---

J. VANDE LANOTTE, o.c., 635-647, nrs. 687-706 ; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht van het Publiek recht, Inleiding tot het publiek recht, deel 2*, Brugge, Die Keure, 2001, 67 nr. 115 ; 875-892, nrs. 1146-1477 ; B. HUBEAU, "Een klachtrecht voor de burger op Vlaams niveau", *T.B.P.* 2001, 524-540. Zie R. ANDERSEN en B. HUBEAU, *De ombudsman in België na een decennium. Een zoektocht naar de meerwaarde van de ombudsfunctie in de samenleving*, Brugge, Die Keure, 2002, XIV + 285 p.

<sup>1123</sup> Zie de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen. Luidens artikel 1,3° oefenen de ombudsmannen hun taken uit ten aanzien van de federale administratieve overheden zoals bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, met uitzondering van de administratieve overheden die door een bijzondere wettelijke bepaling met een eigen ombudsman zijn begiftigd.

<sup>1124</sup> M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 33 e.v.

<sup>1125</sup> V. FRANCK-DE CALLATAY stelt vast dat voor de periode 1980-84 de termijn voor de uitvoering van annulatiearresten die de benoeming van ambtenaren betroffen, niet langer dan 13 maanden was. Arresten waarin personen van buiten de administratie betrokken waren, werden dikwijls veel later uitgevoerd ("L'exécution...", l.c., 1-46 (42)).

<sup>1126</sup> C.F.O., Jaarverslag 1999, 27.

"Aujourd'hui, la Région wallonne a un médiateur, conciliateur des services publics et des citoyens et collaborateur du conseil régional wallon dans l'exercice de sa mission de contrôle du pouvoir exécutif, qui peut « en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté (au conseil et publié) (<sup>1127</sup>)

P. LEWALLE wijst erop dat, zo blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen, dat de wetgever deze instelling mede in het leven heeft geroepen ten behoeve van de gevallen waarin de overheid weigert een rechterlijke beslissing uit te voeren, een klacht kan worden ingediend rond elk uitvoeringsprobleem met betrekking tot een jurisdictionele beslissing. De ombudsfunctie zou er kunnen toe bijdragen een sinds lang aangeklaagde lacune in de organisatie van het beroep wegens machtsoverschrijding op te vullen (<sup>1128</sup>).

A. VANDER STICHELE had in 1983 met het oog op een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State ook aan de ombudsman gedacht, naast de mogelijkheden om zich tot een parlamentslid te wenden om de verantwoordelijke minister te interpellieren of tot de toezichthoudende overheid wat de lokale besturen betreft (<sup>1129</sup>).

### **AFDELING 3. De dwangsom**

#### **§ 1. De voorwaarden**

---

<sup>1127</sup> O. DAURMONT, "Le Conseil d'Etat, juge naturel de l'administration", in INSTITUUT COOREMANS (ed.), *L'administration en 7 questions*, Brussel, Bruylant, 1996, 109-138 (137) ; zie ook P. LEWALLE, *L'autorité de chose jugée...* o.c. 263.

<sup>1128</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c. 533.

<sup>1129</sup> A. VANDER STICHELE, "Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State", *Liber amicorum F. DUMON*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 987-999 (989).

323. Een niet in recht herstelde partij kan het opleggen van een dwangsom vorderen, echter slechts nadat een eerste (<sup>1130</sup>) vordering tot nietigverklaring werd beslecht bij wege van een annulatiearrest (<sup>1131</sup>). De dwangsom wordt, het zij ook hier aangestipt, slechts vanuit de doelstelling die wij betrachten belicht (<sup>1132</sup>).

Zoals bekend, wordt door de wet van 17 oktober 1990 (<sup>1133</sup>) aan de Raad van State de bevoegdheid toegekend om een dwangsom op te leggen om een efficiënte uitvoering van de arresten te verzekeren : wanneer het herstel van de wettigheid inhoudt dat

---

<sup>1130</sup> Behalve bij een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling waarbij kan worden gevorderd de schorsing te ondersteunen door het opleggen van een dwangsom.

<sup>1131</sup> "La disposition légale exclut qu'un requérant demande à la fois l'annulation d'un acte ou d'un règlement et le prononcé d'une astreinte ; celle-ci ne peut être décidée par le Conseil d'Etat qu'après constatation du défaut d'exécution" (P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 527 e.v. nr. 337). Voor een overzicht van rechtsleer met betrekking tot de dwangsom, zie S. LUST, "Dwangsom. Commentaar bij artikel 36 R.v.St.-wet" in X, *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, boek I, dl. III.1, titel V, 249-278 ; -, *Rechtsherstel...*, o.c., 261-284, nrs. 168-186. S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, o.c. 234-243, nrs. 476-500. Voor wat het opleggen van een dwangsom met het oog op de intrekking van een administratieve rechtshandeling betreft, zie I. KOVALOVSKY, "Astreinte et retrait", verslag en advies bij R.v.St. nr. 76.437, HAVENNE, 14 oktober 1998, *A.P.(T)* 1998, 192-200. Zie verder E. LANCKSWEERT, o.c. 211-214, nrs. 436-450 ; D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, "De administratieve dwangsom : dwangmiddel voor de tenuitvoerlegging van een arrest van de Raad van State ? - Het opleggen van een dwangsom in het kader van een vordering tot schorsing", in *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 154-156, nrs. 42-50 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c. 629 ; S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, Kluwer, Recht en praktijk, 2003, 185-186 nr. 271-277 ; de dwangsom na een vernietigingsarrest 371-382, nr. 746-772.

<sup>1132</sup> In het raam van die doelstelling wordt ook de aandacht gevestigd op de vraag wat een vernietiging door de Raad van State inhoudt.

<sup>1133</sup> Wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 en van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van ambtsdragers bij de Raad van State, B.S. 13 november 1990 (artikel 36, § 1, van de gecoörd. wetten op de Raad van State). De wet van 19 juli 1991 houdende invoering van het administratief kortgeding heeft de Raad van State er bevoegd toe gemaakt de overheid te veroordelen tot een dwangsom voor het geval zij een schorsingsarrest niet uitvoert (artikel 17, § 5, van de gecoörd. wetten op de Raad van State). Aan het bevelen van voorlopige maatregelen kan evenzeer een dwangsom worden verbonden (Wet van 22 december 1992 - artikel 18, § 5, van de gecoörd. wetten op de Raad van State).



de vernietiging van de rechtshandeling moet gevolgd worden door een nieuwe overheidsbeslissing, kan de persoon op wiens verzoek de vernietiging is uitgesproken (<sup>1134</sup>), indien de verwerende partij in gebreke blijft, aan de Raad van State vragen dat een dwangsom zou worden opgelegd aan de overheid die in gebreke blijft. Indien die nieuwe beslissing genomen wordt, maar opnieuw met schending van het gezag van gewijsde, moet die nieuwe beslissing worden aangevochten. Er kan niet worden gevraagd ze in te trekken onder verbeurte van een dwangsom.

Dezelfde mogelijkheid om een dwangsom op te leggen, geldt wanneer er uit het arrest in hoofde van de verwerende partij een onthoudingsplicht ten aanzien van bepaalde beslissingen is ontstaan. In dit geval kan de dwangsom worden aangewend om de overheid te verplichten de beslissingen in te trekken die ze zou hebben genomen met miskenning van de uit het arrest volgende onthoudingsverplichting (<sup>1135</sup>).

De dwangsom is derhalve efficiënt indien de overheid een rechtsplicht moet nakomen (<sup>1136</sup>). De dwangsom ondersteunt een rechterlijk bevel, beoogt het herstel van de rechtsstaat (<sup>1137</sup>), wat een vorm van rechtsherstel is (<sup>1138</sup>).

---

<sup>1134</sup> En alleen die, zie bijvoorbeeld R.v.st. nr. 76.593, HUART, 22 oktober 1998.

<sup>1135</sup> R.v.St. nr. 47.474, BABYLON, 17 mei 1994, overw. 3.2. ; R.v.St. nr. 68.246, VLAEMINCK, 23 september 1997 ; R.v.St. nr. 88.540, GILSON, 30 juni 2000.

<sup>1136</sup> "De dwangsom wordt ingevoerd voor de gevallen waarin een arrest ten aanzien van de overheid de rechtsplicht vestigt om een nieuwe beslissing in het voordeel van de verzoekende partij te nemen" (Advies van de afd. wetgeving van de Raad van State bij de invoering van de dwangsom, *Gedr. St. Senaat*, 1989-90, 984-1, 47).

<sup>1137</sup> M. STORME, "Zoute nootjes bij "zoete" arresten", *l.c.* 1412. ; L. M. VENY, "Het kort geding in onderwijszaken", *l.c.* nr. 5-6, 377, die schrijft dat de dwangsomregeling in de schorsingsprocedure in het bijzonder, zeer stringent is.

<sup>1138</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 311-317., nrs. 614-628 ; D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, "De administratieve dwangsom : dwangmiddel voor de tenuitvoerlegging van een arrest van de Raad van State ? - Het opleggen van een dwangsom in het kader van een vordering tot schorsing" in *De dwangsom*, LEUVEN, *Jura Falconis Libri*, 1999, 133.

"Het invoeren van een dwangsom dringt zich op daar uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat de effectiviteit van het beroep bij de Raad van State meer en meer in het gedrang begint te komen aangezien een aantal arresten door de overheid niet worden uitgevoerd. (...) De oorzaken zijn symptomatisch en hebben te maken met de langdurigheid van de procedure die uitvoering onmogelijk maakt of - gecombineerd met deze langdurigheid - met het gebrek aan specifieke vormen van rechtsherstel (...). De mogelijkheid het bestuur voor de gewone rechtbank te dagvaarden (...) houdt de impliciete erkenning in dat het bestuur het gezag van gewijsde mag miskennen en de keus heeft het arrest uit te voeren of een vergoeding te betalen. Om deze redenen is het invoeren van een dwangsom in het administratief contentieux een absolute vereiste teneinde de doeltreffendheid van het optreden van de Raad van State te bevorderen" <sup>(1139)</sup>.

324. Er kan geen dwangsom worden opgelegd indien de tenuitvoerlegging van het arrest facultatief is of indien de overheid een appreciatiebevoegdheid behoudt omtrent de wijze waarop zij rechtsherstel kan bieden <sup>(1140)</sup>. Wel kan de overheid over een gedeeltelijke appreciatiebevoegdheid beschikken binnen de verplicht te stellen handeling.

Zo kan zij er toe worden verplicht een nieuw onderzoek van de titels en verdiensten van de kandidaten te doen maar vermag zij te appreciëren wie zij opnieuw aanstelt <sup>(1141)</sup>. In de zaak VLAEMINCK <sup>(1142)</sup>, behoudt de overheid die gedeeltelijke appreciatiebevoegdheid in volgende zin. Na het annulatiearrest dient ze zich uit te spreken over de vraag of ze al dan niet een ambt behoudt waarvan de afschaffing vernietigd werd

---

<sup>1139</sup> Advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State (Gedr. St., Senaat, 1989-90, 984-1, 8). S. LUST schrijft : "Een geldelijke veroordeling voor de niet-uitvoering van een arrest zal echter niet steeds mogelijk zijn. Bovendien heeft een dergelijke veroordeling niet noodzakelijk tot gevolg dat de wettigheid wordt hersteld. Zij houdt integendeel zelfs impliciet de erkenning in dat de overheid de keuze heeft hetzij het arrest uit te voeren, hetzij een vergoeding te betalen", (Rechtsherstel..., o.c., 147 nr. 77). Zie ook P. NIHOUL "La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat », J.T. 1991, 345-348.

<sup>1140</sup> R.v.St. nr. 39.057, VANRIE, 25 maart 1992.

<sup>1141</sup> Zie bespreking van de zaak VLAEMINCK onder de "Verdere evolutie in de rechtspraak van de Raad van State", randnrs. 401 e.v., specifiek de zaak VLAEMINCK randnr. 415.

<sup>1142</sup> Uitvoering van het arrest nr. nr. 109.285, VLAEMINCK van 15 juli 2002.

(verplicht te nemen beslissing), of ze er vervolgens eventueel al dan niet de verzoeker in aanstelt nu de impliciete weigeringsbeslissing werd vernietigd hem erin aan te stellen (facultatief te nemen beslissing), dient ze met betrekking tot een andere aanstelling de titels en verdiensten van de kandidaten voor een bepaalde betrekking te onderzoeken, zeker die van verzoeker af te wegen ten opzichte van degene wiens aanstelling werd vernietigd (verplicht te nemen beslissing), kan ze kiezen wie ze opnieuw aanstelt (dat kan de verzoeker zijn doch dat kan ook degene zijn wiens aanstelling werd vernietigd of dat kan zelfs een derde zijn (één van de kandidaten die toendertijd meedongen naar het litigieuze ambt) (keuzebevoegdheid).

De reden van deze appreciatiebevoegdheid is dat de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing het gevolg is van het feit dat de aanstelling (<sup>1143</sup>) gebeurde op basis van een onwettige rechtsgrond. De onwettigheid school derhalve niet in het onderzoek van de titels en verdiensten van de kandidaten, of in de beslissing houdende afschaffing van een ambt, maar in de rechtsbasis van deze beslissingen.

Er moet derhalve een handelingsplicht aanwezig zijn in hoofde van de overheid : de dwangsom kan worden opgelegd opdat een handeling zou worden gesteld, niet opdat een handeling met een welbepaalde inhoud zou worden gesteld (<sup>1144</sup>). Het heeft terzake geen belang of de te stellen handeling moet worden

---

<sup>1143</sup> Waarin deze impliciete weigeringsbeslissing is geconcretiseerd.

<sup>1144</sup> Zo kan een dwangsom worden gevorderd om de overheid te dwingen te beslissen over een vergunningsaanvraag waarvan de weigering werd vernietigd maar niet om de overheid te dwingen de vergunning te verlenen (COORS. LUST, P. LEVERT en P. NIHOUL, "L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence", A.P.T. 1993, 12-35). Deze rechtsleer wijst erop dat de Raad van State het bevel moet geven om die handelingen te stellen die nodig zijn om het gezag van gewijsde te eerbiedigen en de wettigheid te herstellen en waaraan de veroordeling tot de dwangsom wordt gekoppeld, zij het binnen het dictum van het arrest. Vergelijk ook met het arrest LAVENT nr. 38.802 van 20 februari 1992 waarbij een dwangsom wordt opgelegd tot de overheid beslist over het beroep tegen de weigering van een vergunning, en tot de overheid onderzoekt of het herstel van de wettigheid niet de afgifte van de vergunning vereist. Zie ook S. LUST, "De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen...", R.W. 1996-97, 377-389, (384) die dit geval aanhaalt.

gesteld in het raam van gebonden dan wel discretionaire bevoegdheid (<sup>1145</sup>).

Indien de overheid wel een handeling moet stellen, maar zulks enkel dient te geschieden om tegemoet te komen aan de in een annulatiearrest vastgestelde vormschending, kan een verzoeker ondanks de vernietiging van de beslissing, niet onder verbeurte van een dwangsom vorderen dat de beslissing inhoudelijk wordt overgedaan, wel dat de beslissing opnieuw wordt genomen en opnieuw wordt betekend, nu dit de reden was op grond waarvan de beslissing werd vernietigd. Het feit dat de overheid nu wel met de betekening de vereiste tot formele motivering had vervuld, hield nog niet in dat er een juiste uitvoering aan het annulatiearrest was gegeven, maar de Raad van State oordeelt dat, indien vastgesteld wordt dat de verwerende partij het arrest heeft willen uitvoeren, maar zich heeft vergist in de manier waarop dit diende te gebeuren terwijl er geen aanduidingen zijn om te vermoeden dat die partij onwillig is om het arrest uit te voeren, er geen reden is om een dwangsom op te leggen (<sup>1146</sup>).

Het arrest SMOLDERS oordeelt in diezelfde gedachtengang dat indien een eerdere vernietiging is gebaseerd op een schending van de hoorplicht en verwerende partij hiertoe een procedure op gang heeft gebracht, de verzoeker hieruit niet het recht kan putten om de beslissing inhoudelijk gewijzigd te zien (<sup>1147</sup>). Al evenmin vermag de vernietiging op grond van de vastgestelde onbevoegdheid van de steller van de handeling ertoe te leiden dat verzoeker door middel van de dwangsom zou kunnen afdwingen dat de vernietigde beslissing meer niet zou kunnen worden overgedaan door de bevoegde overheid (<sup>1148</sup>).

---

<sup>1145</sup> Idem, 380.

<sup>1146</sup> R.v.st. nr. 74.023, VAN DER HEYDEN, 2 juni 1998 ; R.v.St. nr. 85.646, VAN DER HEYDEN, 28 februari 2000.

<sup>1147</sup> R.v.st. nr. 67.631, SMOLDERS, 5 augustus 1997 ; R.v.St. nr. 73.578, SMOLDERS, 11 mei 1998.

<sup>1148</sup> Idem, overw. 2.3.2.2.

Indien de overheid in de juridische onmogelijkheid is om een beslissing te nemen die verzoeker rechtsherstel verleent, kan uiteraard geen dwangsom worden opgelegd (<sup>1149</sup>).

325. In het benoemingscontentieux kan in de huidige stand van de rechtspraak, indien geen impliciete weigeringsbeslissing wordt vernietigd, geen dwangsom worden gevorderd om, na een vernietigde benoeming, de overheid ertoe te verplichten de benoemingsprocedure te hernemen op het punt waar zij was ontspoord (<sup>1150</sup>).

Zo uit een vorig annulatiearrest van de Raad van State enkel volgt dat verzoeker niet zonder deugdelijk motief anders behandeld kan worden dan zijn collega's, - en dus daarin niet wordt erkend dat verzoeker aanspraak mag maken op een bepaalde benoeming - is de door verzoeker in zijn tot de overheid gerichte aanmaning gevraagde benoeming niet de nieuwe overheidsbeslissing tot het stellen waarvan de Raad van State de overheid met het opleggen van een dwangsom kan aanzetten (<sup>1151</sup>).

De erkenning op het toewijzen van een nieuwe graad en op het vervolgens ingeschakeld worden in de overeenstemmende graad bij de geïntegreerde politie wordt voor verzoeker DELCROIX vastgesteld bij arrest nr. 97.061 (<sup>1152</sup>) zodat hij ertoe gerechtigd was te vorderen dat een dwangsom zou worden opgelegd ter uitvoering van dit arrest. De Raad van State legt ter uitvoering van o.m. dit annulatiearrest een dwangsom op van 2000 euros per dag vertraging (<sup>1153</sup>).

---

<sup>1149</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 62.963, VANDEZANDE, 6 november 1996.

<sup>1150</sup> R.v.St. nr. 39.057, VANRIE, 25 maart 1992, *Adm. Publ. (M)* 1992, 69 ; *J.T.* 1992, 542.

<sup>1151</sup> R.v.St. nr. 38.295, DE CASTER, PIESSENS, DEBROUX, 10 december 1991.

<sup>1152</sup> R.v.st. nr. 97.061, DELCROIX, 27 juni 2001.

<sup>1153</sup> R.v.st. nr. 109.642, DELCROIX, 2 augustus 2002. Zie ook R.v.St. nr. 109.643, NOGA, nr. 109.644, STEVENS, nr. 109.645, LISPET, nr. 109.646 HAGELSTEIN, nr. 109.647, CAPPUYNS en nr. 109.648, ONKELINX-HUBEAUX, allen van 2 augustus 2002.

326. Wat schorsingen in het benoemingscontentieux gaat, wordt in het schorsingsarrest LUPPENS (<sup>1154</sup>) het verzoek tot het opleggen van een dwangsom ingewilligd voor het geval de overheid een nieuwe benoemingsbeslissing zou nemen die wezenlijk identiek zou zijn met de geschorste benoeming (<sup>1155</sup>). Wel is dit arrest het vervolg van een procedure in schorsing en in nietigverklaring. Immers zet de schorsing van een weigeringsbeslissing zoals aangehaald, de auteur ervan er wel toe aan de zaak terug te onderzoeken, maar verplicht ze er hem niet toe een nieuwe beslissing te nemen met inachtneming van de redenen waarom zijn beslissing werd geschorst, die verplichting kan alleen voortspruiten uit een vernietigingsarrest. De dwangsom kan dan ook niet worden opgelegd om de verwerende partij ertoe te brengen iets te doen waartoe het schorsingsarrest zelf haar niet dwingend kan verplichten (<sup>1156</sup>).

In dezelfde zin oordeelt het voormeld schorsingsarrest VERMEULEN (<sup>1157</sup>) waarin wordt overwogen dat de schorsing tot gevolg heeft dat verzoeker voorlopig moet beschouwd worden als een personeelslid dat niet uit de dienst verwijderd is ; dat het opleggen van een dwangsom betrekking moet hebben op het nakomen van die verplichting en dat zij, op gevaar af in te grijpen op de discretionaire bevoegdheid van het stadsbestuur, niet zover kan reiken dat de verwerende partij er in elk geval toe verplicht wordt verzoeker in de dienst te reïntegreren ; dat de Raad van State geen reden ziet om aan te nemen dat de verwerende partij onwilligheid zal betonen bij de nakoming van de verplichtingen die zij op grond van het schorsingsarrest tegenover verzoeker heeft zodat de vordering tot het opleggen van een dwangsom verworpen wordt.

---

<sup>1154</sup> R.v.st. nr. 42.106, LUPPENS, 2 maart 1993.

<sup>1155</sup> "250.000 fr. per dag vertraging in het nog verder door (x) laten uitoefenen van het ambt waarin de geschorste tijdelijke aanstelling geschiedde op grond van de geschorste aanstelling of op grond van een nieuwe aanstelling die inhoudelijk in wezen op hetzelfde neerkomt."

<sup>1156</sup> R.v.St. nr. 44.586, B.V.B.A. K.L.M. AEROCARTO BELGIUM, 19 oktober 1993.

<sup>1157</sup> R.v.St. nr. 74.027, VERMEULEN, 2 juni 1998.

Die onwilligheid werd wel vermoed aanwezig te zijn in de zaak SCHOULEUR <sup>(1158)</sup> : ondanks twee voorafgaande annulatiearresten <sup>(1159)</sup> was verzoeker niet gereïntegreerd geworden zodat de Raad van State de uitvoering van het schorsingsarrest toch, ondanks het feit dat deze met zich zou brengen dat verzoeker zijn functies herneemt, heeft gekoppeld aan het opleggen van een dwangsom van 50.000 fr. per dag vertraging in de uitvoering van het arrest.

Worden opnieuw handelingen gesteld waarvan een deel reeds eerder werd geschorst, dan kan een dwangsom worden opgelegd : in het arrest DE L'ARBRE e.a. <sup>(1160)</sup> bedraagt die 1000.000 fr. per dag dat aan de schorsing geen gevolg wordt gegeven. Het motief in dat arrest om de dwangsom op te leggen, is de administratieve traagheid waarmee het arrest ter kennis wordt gebracht.

Ook omdat na twee vorige schorsingsarresten <sup>(1161)</sup>, een tot een bepaalde functie aangewezen ambtenaar in feite taken is blijven uitoefenen die aan die functie zijn verbonden, oordeelde de Raad van State dat er gegronde redenen waren om de schorsing door middel van een dwangsom te doen naleven <sup>(1162)</sup>.

Doch de aanwijzingen dat de overheid het arrest niet zal eerbiedigen, moeten pertinent zijn : in de zaak COENEN <sup>(1163)</sup> had de verzoeker geargumenteed dat de benoeming door de gemeenschapsminister was vernietigd, dat de overheid dezelfde persoon opnieuw had aangesteld, zij het tijdelijk en dat zij geen direct gevolg had gegeven aan een aanmaning van verzoeker

---

<sup>1158</sup> R.v.st. nr. 41.992, SCHOULEUR, 17 februari 1993.

<sup>1159</sup> R.v.st. nr. 39.492, SCHOULEUR, 27 mei 1992 en R.v.St. nr. 30.641, SCHOULEUR, 7 september 1988.

<sup>1160</sup> R.v.St. nr. 41.112, DE L'ARBRE e.a., 20 november 1992, noot B. BLERO, "Du contentieux de la suspension et des autres mesures provisoires organisé par la loi du 18 juillet 1991", *Adm. Publ. (T)* 1993, 130-147.

<sup>1161</sup> R.v.St. nr. 54.190, DE WINNE, 3 juli 1995 en R.v.St. nr. 60.584, DE WINNE, 28 juni 1996.

<sup>1162</sup> R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998.

<sup>1163</sup> R.v.St. nr. 51.409, COENEN, 30 januari 1995.

om tot benoeming over te gaan. Niettegenstaande die gegevens heeft, wat de dwangsom betreft, de Raad van State geoordeeld dat niets erop wees dat de overheid het zou wagen een schorsingsarrest naast zich neer te leggen.

327. Om eventueel ter uitvoering van een eerder - met betrekking tot een beslissing met dezelfde inhoud - uitgesproken vernietigingsarrest, de dwangsom op te leggen, is vereist dat voorafgaand de formaliteiten van artikel 36, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State in acht worden genomen <sup>(1164)</sup>. Het komt nuttig voor deze ontvankelijkheidsvereisten in herinnering te brengen <sup>(1165)</sup>.

328. De verzoekende partij <sup>(1166)</sup> moet de overheid bij een ter post aangetekende brief met een in redelijkheid voldoende precisie ("*Een minimum aan precisie*" <sup>(1167)</sup>) hebben aangemaand <sup>(1168)</sup> tot het nemen van een nieuwe beslissing of tot het intrekken van een genomen beslissing.

De overheid kan niet onder verbeurte van een dwangsom worden veroordeeld tot het nemen van een onbepaalde beslissing.

Indien een verzoeker niet vraagt dat "een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling" als bedoeld door artikel 36, § 1 voormeld wordt genomen, maar slechts dat de

---

<sup>1164</sup> R.v.St. nr. 44.586, B.V.B.A. K.L.M. AEROCARTO BELGIUM, 19 oktober 1993.

<sup>1165</sup> Zie ook de stap-voor-stap "handleiding" van I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 287-289, nrs. 565-568bis. Zie, wat de mogelijkheid betreft "twee sporen" te volgen ten aanzien van een in strijd met het gezag van gewijsde gestelde rechtshandeling, met name ze enerzijds bestrijden bij wege van een vordering tot nietigverklaring, anderzijds de intrekking ervan afzonderlijk vorderen bij wege van een verzoekschrift tot het opleggen van een dwangsom, S. LUST, "De Raad van State en de dwangsom. Enkele beschouwingen...", R.W. 1996-97, 377-389.

<sup>1166</sup> Zoals aangehaald kunnen alleen degenen op wier verzoek het arrest is uitgesproken tot naleving waarvan het opleggen van een dwangsom moet strekken, het opleggen van een dwangsom verzoeken (art. 36 § 1, eerste lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

<sup>1167</sup> R.v.St. nr. 49.889, B.V.B.A. TR.EL, 25 oktober 1994.

<sup>1168</sup> Het bewijs van een zodanige aanmaning moet worden voorgebracht door de verzoekende partij (art. 36 § 1, tweede lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State). Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 38.295, DE CASTER, PIESSENS, DEBROUX, 10 december 1991.



verwerende partij uit de tussengekomen vernietiging de nodige financiële consequenties haalt en hem meer bepaald de bedragen uitbetaalt waartoe het vernietigingsarrest noopt, (...) kan zijn vordering niet worden ingepast in de bevoegdheid die het artikel 36 § 1 de Raad van State verleent <sup>(1169)</sup>.

De vordering tot het opleggen van een dwangsom moet qua hoegrootheid voldoende gepreciseerd zijn om door de Raad van State te kunnen worden toegewezen ; de Raad van State kan niet in de plaats van de verzoeker de vordering aanvullen <sup>(1170)</sup>.

329. Er moeten ten minste drie maanden sinds de kennisgeving van het vernietigingsarrest zijn verstreken vooraleer de vordering kan worden ingediend <sup>(1171)</sup>. In het geding dat leidde tot het arrest VAN DEN DRIESSCHE <sup>(1172)</sup> heeft de verzoekster van juli 1995 (betekening arrest) gewacht tot januari 1997 om haar vordering tot het bevelen van een dwangsom in te leiden, wat de Raad van State niet kennelijk onredelijk bevond omdat verzoekster onderwijl beroep had gedaan op de kortgedingrechter om onder meer de uitvoering van het annulatiearrest te laten verzekeren zodat er werd geoordeeld dat er geen rechtsverwerking was.

I. OPDEBEEK merkt op dat de verplichting om de wachttermijn van drie maanden te respecteren die ook geldt zo de overheid een beslissing neemt die het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest schendt, zinloos is aangezien het bewijs van de schending van het gezag van gewijsde in dat geval reeds geleverd is <sup>(1173)</sup>.

R. ERGEC treedt in haar voetsporen en stelt in dat verband, verwijzend naar D. DEOM « *Le respect de ce délai de trois mois*

---

<sup>1169</sup> R.v.St. nr. 117.152, DE VOS, 18 maart 2003.

<sup>1170</sup> R.v.St. nr. 38.508, LISABETH, 16 januari 1992.

<sup>1171</sup> Art. 36 § 1, tweede lid R.v.St.-wet. De aanmaning kan ten vroegste gedaan worden drie maanden vanaf de kennisgeving van het vernietigingsarrest tot nakoming waarvan het dwangsomverzoek strekt (R.v.St. nr. 61.810, VLAEMINCK, 19 september 1996).

<sup>1172</sup> R.v.St. nr. 75.693, VAN DEN DRIESSCHE, van 8 september 1998.

<sup>1173</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming, o.c.*, 325 nr. 648.

*nous paraît seulement devoir s'appliquer en l'absence d'une décision de l'administration (...). Un tel respect ne nous paraît, par contre, pas s'imposer dans le cas où, au mépris de l'autorité de la chose jugée, l'administration a repris, immédiatement après l'arrêt, un nouvel acte »* <sup>(1174)</sup>.

Er is derhalve geen termijn bepaald binnen welke de vordering tot het opleggen van een dwangsom bij de Raad van State moet worden ingesteld. Wordt een bepaalde vordering afgewezen, dan kan de verzoeker dan ook een nieuwe vordering tot het opleggen van een dwangsom instellen, op voorwaarde dat hij de formaliteiten van het voormelde artikel 36 vervult <sup>(1175)</sup>.

Meer algemeen kan worden gesteld dat de verzoeker niet onredelijk lang <sup>(1176)</sup> kan wachten met het inleiden van zijn vordering bij de Raad van State : dat zou niet stroken met de rechtszekerheid <sup>(1177)</sup>.

---

<sup>1174</sup> R. ERGEC, « L'incidence du droit du conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *Adm. Publ.*, 1993, 27.

<sup>1175</sup> R.v.St. nr. 47.474, BABYLON, 17 mei 1994.

<sup>1176</sup> "Kwestie van casuïstiek", zie D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER, "De administratieve dwangsom...", *l.c.*, 150-151. Ook S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH verwijzen naar de redelijke termijn (*Procedures voor de Raad van State, Procedures voor de Raad van State, Een praktische gids met modellen, waarschuwingen en check-lists bij de annulatieprocedure en het kortgeding*, Mys § Breesch, 2000, 241).

<sup>1177</sup> Zie S. LUST inzake problemen die kunnen rijzen met betrekking tot de rechtszekerheid : "Er lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat in die gevallen waarin de overheid, na de vernietiging van een bestuurshandeling, een nieuwe, individuele handeling stelt die rechten creëert voor anderen dan de verzoeker, een verzoek tot het bevelen van de intrekking ervan op grond van artikel 36 R.v.St.-wet moet worden ingesteld binnen de termijn voor het instellen van een annulatieberoep. Slechts wanneer de vernietiging ervan tijdig werd gevorderd, is een verzoek tot intrekking nog aanvaardbaar, vermits in dat geval de bestuurshandeling niet definitief wordt(...)" (S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 330-333, nr. 178). K. WAGNER schrijft "Er ligt nochtans geen enkele grondslag voor om de redelijke termijn na het verstrijken van (maximaal) vier maanden na het vernietigingsarrest te bepalen op ten hoogste zestig dagen. Wanneer de wetgever geen termijn bepaald heeft voor het verrichten van een bepaalde handeling, zou de burger in zijn rechtmatige verwachtingen gefnuikt worden door de aanvaarding, louter op grond van een analogie, van een termijn zoals de zestig dagen termijn" (K. WAGNER, *Dwangsom, Algemene praktische rechtsverzameling*, 2003, 212, nr. 237).

330. Er moet een termijn van een maand verstrijken tussen de aanmaning en het verzoek tot het opleggen van de dwangsom indien de overheid niet antwoordt.

§ 2. Het minstens drie maanden moeten wachten vooraleer de vordering kan worden ingediend, wordt door de rechtsleer geïnterpreteerd in de zin dat die drie maanden thans als termijn voor het uitvoeren van het arrest moet worden beschouwd

331. D. LAGASSE stelt dat sedert het instellen van die termijn van drie maanden, de overheid, indien zij binnen die termijn het annulatiearrest niet uitvoert of binnen die termijn geen gevolg geeft aan een vraag tot uitvoering, een fout begaat. Indien de motieven van het arrest voldoende gedetermineerd zijn, bestaat de fout in het niet respecteren van het gezag van gewijsde (<sup>1178</sup>). De ratio legis van de wachttermijn bestaat erin dat (...) het bewijs wordt geleverd van de schending van het gezag van gewijsde.

Zo ook R. ERGEC :

*"(...) Il résulte de la combinaison de l'article 36 des lois coordonnées (...) et de l'article 2 de l'arrêté royal du 2 avril 1991 que l'absence d'empressement de l'administration doit désormais être appréciée par rapport au délai de trois mois qui court à partir de la notification de l'arrêt et à l'expiration duquel le requérant peut mettre en demeure l'administration de se conformer à la chose jugée (...) »* (<sup>1179</sup>).

Mede het college van federale ombudsmannen verwijst naar die rechtsleer :

*"Wij wezen erop dat de rechtsleer zegt dat de arresten ten laatste binnen de 3 à 4 maanden na notificatie ervan moeten*

---

<sup>1178</sup> D. LAGASSE, *La responsabilité des pouvoirs publics*, o.c. 205-209.

<sup>1179</sup> R. ERGEC, *l.c.* 20.

*uitgevoerd worden. (...) Wij hebben voorgesteld dat de advocaten van het departement stelselmatig kort na de notificatie van een arrest het kabinet en de administratie daarover op de hoogte zouden brengen, zodat de uitvoering ervan binnen een redelijke termijn kan plaats hebben* (<sup>1180</sup>)."

Vroegere rechtspraak had de duur van de termijn waarover de overheid beschikt om na het arrest een nieuwe beslissing te nemen ongeveer op dezelfde wijze vastgesteld, zoals in het arrest ZOETE waarin wordt geoordeeld dat *"vijf volle maanden, niet met de vereiste spoed een beslissing nemen is indien men daarvoor geen afdoende reden heeft"* (<sup>1181</sup>).

Maar ook in 1998 wordt het stilzitten van de overheid gedurende vijf maanden na ontvangst van het vernietigingsarrest te lang bevonden, dan wel op grond van de schending van de redelijke termijn-eis (<sup>1182</sup>).

Het Europees Hof voor de Rechten van de mens spreekt geregeld veroordelingen uit wegens schending van de redelijke termijn-eis en heeft in 1997 expliciet geoordeeld dat de executie van een uitspraak van de bestuursrechter een integraal onderdeel is van de „trial” bedoeld in artikel 6 E.V.R.M. (<sup>1183</sup>) (<sup>1184</sup>).

---

<sup>1180</sup> C.F.O., Jaarverslag 1998, 49.

<sup>1181</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, R.W. 1982-83, 1633. De Raad van State specificeert in arrest ZOETE voormeld verder : *"Voor de beslissing die krachtens het arrest van 12 mei 1981, betekend op 19 mei 1981, met spoed moest genomen worden, was 3 september 1981, in de gegeven omstandigheden de uiterste dag. Het verschuiven van die beslissing naar 7 oktober 1981, getuigt van onbegrip ; veertien bijkomende dagen voor beraad nemen getuigt, het bereikte resultaat van het beraad mede in acht genomen, van onwil (overw. 4.2.5.)"*. Er heeft bij deze laatste korte termijnen ongetwijfeld meegespeeld dat het over een examenbeslissing ging en dat er reeds indiciën van gebrek aan medewerking door de verwerende partij vast te stellen waren in de loop van het eerste geding.

<sup>1182</sup> R.v.St. nr. 76.131, DE ROP, 6 oktober 1998.

<sup>1183</sup> E.H.R.M., HORNSBY, 19 maart 1997, Rec. 1997-II, 510-511, § 40 ; JB 1997/98. In die zaak wordt artikel 6 EVRM geschonden geacht, omdat het bestuur de uitspraak van de administratieve rechter niet was nagekomen. Wat de redelijke termijn betreft, moet ook de uitvoeringsfase - eventuele vervolgpcedures - van een uitspraak worden meegeteld.

<sup>1184</sup> België is niet het enige land dat de redelijke termijn overschrijdt ; zo wordt o.m. Frankrijk (G. GONZALES geeft als voorbeelden : Caillot

### § 3. De band tussen "het rechtsherstel dat in de vernietiging besloten ligt" en de dwangsom in het arrest ZOETE (<sup>1185</sup>)

332. Een dwangsom werd reeds in 1982, in een poging de onwil of de onkunde van de overheid op te vangen, in het dictum van het arrest ZOETE (<sup>1186</sup>) ingeschreven, met name ingeval de overheid (<sup>1187</sup>) zou nalaten het volledige rechtsherstel te geven dat uit kracht van de aangenomen vernietigingsgronden verschuldigd was. Ondanks het gestrand zijn van de poging om een dwangsom op te leggen, kan het arrest ZOETE toch nuttig bij het in dit werk aangehouden betoog worden betrokken. Door naast de veroordeling van de overheid tot een doen of een laten ten voordele van de verzoekende partij, ook te haren voordele de verbeurte van een dwangsom uit te spreken, beoogde het arrest de grootst mogelijke zekerheid tot uitvoering te waarborgen. De Raad stelt vast dat de gevallen waarin een vernietigingsarrest een echte veroordeling (<sup>1188</sup>) vormt, veeleer beperkt zijn. Dergelijke veroordeling bestaat wél bij de arresten waarbij de impliciete weigeringsbeslissing, ingeval de overheid in gebonden bevoegdheid heeft beslist, wordt vernietigd.

Doch volgens het arrest ZOETE kan een vernietigingsarrest aangaande een in discretionaire bevoegdheid genomen beslissing, ook de overheid tot handelen verplichten :

---

c/France, 4 juni 1999 ; Arvois c/France, 23 november 1999 ; Bouilly c/France, 7 december 1999 (G. GONZALES, *R.D.P.*, 2000, 709-710) vaker veroordeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de mens ; Stéphanie SOLER schrijft terzake : *"Rien de plus banal aujourd'hui, pour la Cour européenne, que de condamner l'Etat Français pour violation du droit au délai raisonnable de la procédure"* (S. SOLER *l.c.*, 720).

<sup>1185</sup> Zie bijvoorbeeld "Weerbarstig bestuur : imbrogljo-Zoete" (VAN MENSEL, A., *De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden. De Belgische lappendeken*, Thorbeckecolleges, o.c., 44-45 nr. 66).

<sup>1186</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982, *R.W.*, 1982-83, 1633. Dit arrest werd vernietigd bij het arrest van het Hof van Cassatie van 23 maart 1984, *R.W.* 1984-85, 15-43, concl. Proc.-gen. E. KRINGS ; *Rev. Comm.* 1984, 95.

<sup>1187</sup> In dat geding de in solidum aansprakelijk zijnde leden van een examencommissie.

<sup>1188</sup> Voor een omschrijving van wat een veroordeling inhoudt, zie bijvoorbeeld S. LUST, *Rechtsherstel*..., o.c., 216-233 ; zie ook randnr. 82.

*„Maar zelfs indien de overheid bij de toekenning van een voordeel over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt, is zij ertoe gehouden daarvan binnen de grenzen van de redelijkheid gebruik te maken. Grenzen die indien zij in de vernietigingsgrond zijn vastgesteld, kunnen meebrengen dat de overheid na het arrest geen discretionaire bevoegdheid meer overhoudt en tot het geven van volledige voldoening aan de verzoeker verplicht is”* <sup>(1189)</sup>.

Die laatste verwoording spreekt vandaag zeer aan, omdat die sterk aanleunt bij de gedachte die naar aanleiding van de eerste arresten MACKEN werd geuit, met name dat door een arrest “de overheidsbevoegdheid van discretionaire naar gebonden bevoegdheid kan zijn verworden” <sup>(1190)</sup>. Het blijft dan nog wel altijd zo dat de overheidsbevoegdheid nog steeds discretionair van aard is, maar dat de verplichting om in een bepaalde zin te handelen uit het annulatiearrest volgt. Discretionaire bevoegdheid wordt naar het ons voorkomt niet “door de aanvullende werking van het redelijkheidsbeginsel”, een gebonden bevoegdheid. Discretionaire bevoegdheid, steeds doelgebonden zijnd, dient aangewend te worden in het algemeen belang. De rechter doet de wil van de regelgever naleven : hij legt de rechtsregel uit en in de gevallen in dit werk vermeld gaat het meestal om de wijze waarop de overheid haar motieven tot stand brengt.

Het arrest VAN BEVER gaat dezelfde richting uit als het arrest ZOETE voormeld <sup>(1191)</sup> waar het oordeelt dat de overheid bij een tweede beslissing nog in wat zij discretionair mag beoordelen, een reden kan vinden om de aanvraag een tweede maal af te wijzen maar niet als het vernietigingsmotief van het arrest precies het uit de vernietigde beslissing blijkende discretionair oordeel kennelijk onredelijk en dus onrechtmatig

---

<sup>1189</sup> Het arrest ZOETE heeft het verder over het “ontkracht zijn van het normale vermoeden dat een bestuursoverheid aan een rechterlijke uitspraak uitvoering zal geven”.

<sup>1190</sup> D. MAREEN, noot onder R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990, l.c. 683.

<sup>1191</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

heeft verklaard (<sup>1192</sup>). Dit is logisch bij een kennelijk onredelijk bevinden van de beslissing omdat er in dat geval geen plaats is voor andere beslissingen (<sup>1193</sup>).

Over de aanwijzing van het rechtsherstel schreef A. VAN OEVELEN dat, door reeds in de motieven van het vernietigingsarrest te verduidelijken welke praktische gevolgen hieruit voortvloeien, die werkwijze aan de Raad van State de mogelijkheid biedt om de actie van de bestuursoverheid in een bepaalde richting te sturen, zodanig dat die laatste precies weet wat zij moet doen en laten om het risico van een nieuwe vernietiging te vermijden (<sup>1194</sup>). Maar daarin bleef zoals aangetoond toch een probleem schuilen : de vernietigingsgrond op zich volstond blijkbaar niet voor het bestuur om eraan uitvoering of adequate uitvoering te geven (<sup>1195</sup>). Soms volstaat

---

<sup>1192</sup> R.v.St. nr. 23.870, VAN BEVER, 10 januari 1984 (de vernietigde handeling moet opnieuw worden genomen met uitwerking op dezelfde datum). Diezelfde gedachte is te vinden in het arrest TIBAX nr. 20.599 van 30 september 1980 overw. 3.2. (zie randnr. 99) en werd dus overgenomen in het arrest ZOETE nr. 22.446 van 8 juli 1982. Zie ook het meervermeld arrest VAN LANTSCHOOT : *"Wanneer de overheid effectief van haar beoordelingsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt - zelfs al is de daaruit voortgesproten benoeming vernietigd geworden - blijkt haar benoemingsrecht retrospectief in al zijn elementen bepaald te zijn en verschijnt haar bevoegdheid als volledig gebonden, zodat haar rechtsplicht te dien aanzien volledig in concreto bepaalbaar is geworden op het tijdstip van de vernietigde beslissing, met het gevolg dat de nieuwe beslissing retroactief moet worden verleend op het tijdstip dat de vernietigde beslissing uitwerking had."* (R.v.St. nr. 11.533, VAN LANTSCHOOT, 1 december 1965).

<sup>1193</sup> Zie de eerder gegeven omschrijving van wat kennelijk onredelijk is, randnr. 32.

<sup>1194</sup> A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984", R.W. 1984-85, 1413-1436.

<sup>1195</sup> Het is hier gepast te verwijzen naar de imaginaire dialoog tussen J. RIVERO en een bosjesman, aangehaald door S. LUST : *"(...) Si le juge, chez nous, disait seulement aux guerriers chargés des services de la tribu : 'votre acte est nul', l'embarras se peindrait sur leur visage ; ils attendent, pour obéir, de savoir ce qu'il doivent faire ; car, différents en cela de vos fonctionnaires, à coup sûr, ils n'aiment pas les initiatives et se sentent plus légers lorsqu'entre les responsabilités et eux s'interpose une décision précise, comme ces abris de toile qui protègent de la grande pluie d'automne. Je ne doute pas, quant à moi, que, si votre juge prestigieux et puissant, sa propre autorité, jointe à celle du Droit, ne réduisissent à une immédiate obéissance le plus récalcitrant des administrateurs"* (Rechtsherstel..., o.c., vn. 1004, 258).

ook het dictum niet om het bestuur te bewegen tot de door de Raad van State gewenste uitvoering van het arrest. Maar het maakt wel een hemelsbreed verschil als in het dictum elementen zijn opgenomen die de handelwijze van de verwerende partij sturen.

333. De noodzaak van een pleidooi om de verplichting tot rechtsherstel zoveel mogelijk op grond van het dictum van het arrest te laten geschieden, blijkt ook uit wat het Hof van Cassatie (<sup>1196</sup>) over het arrest Zoete II (<sup>1197</sup>) oordeelde. De mening van het Hof, met name dat de Raad van State rechtsherstel beveelt, door zijn overwegingen omtrent de vernietigingsgrond en omtrent de wijze waarop het herstel overeenkomstig de wet zou moeten geschieden, *verkeerdelijk te verheffen tot een beslissing tot rechtsherstel die in de vernietiging besloten zou zijn* (<sup>1198</sup>), toont duidelijk aan dat de dwang uit het vernietigingsbesluit voortspruit en niet louter uit de overwegingen van het arrest.

De vraag rijst wat de Raad van State bij wege van vernietiging anders doet dan een recht (<sup>1199</sup>) of een recht op een rechtmatige behandeling (<sup>1200</sup>) dat het bestuur niet heeft gehonoreerd, "herstellen". Indien het bestuur de voor haar verplicht na te leven rangschikking niet heeft gevolgd en de Raad van State de aanstelling die in strijd daarmee is gebeurd samen met de weigering de beter gerangschikte aan te stellen,

---

<sup>1196</sup> Cass. 23 maart 1984, *R.W.* 1984-85, 15-43.

<sup>1197</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>1198</sup> „Het Hof van Cassatie heeft in genoemd arrest enkel geoordeeld dat de Raad van State onbevoegd is om „rechtsherstel te bevelen wijl elk geschil betreffende het herstel van een op onrechtmatige wijze gekrenkt recht, hetzij burgerlijk, hetzij politiek, tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken van de Rechterlijke Macht behoort“, aldus het arrest RAMMANT (R.v.St. nr. 25.491, RAMMANT, 18 juni 1985, *R.W.* 1986-87, 311) ; I. OPDEBEEK, en F. REYNTJENS, „Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1983-1985), *R.W.* 1986-87, 1-34 (27) ; I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 64-65, nr. 115.

<sup>1199</sup> Bij gebonden bevoegdheid.

<sup>1200</sup> Bij discretionaire bevoegdheid.



vernietigt, kan niet anders worden geoordeeld dan dat de Raad van State het recht van die beter gerangschikte herstelt. Zelfs los van de verzoeker, in het belang van de rechtsstaat, moet het objectieve recht worden hersteld indien het werd geschonden. Het zij herhaald dat een rechterlijke beslissing geen beslissing kan zijn die geen rechtsherstel op het oog heeft. De vraag zou dan rijzen wat een dergelijke beslissing dan wel op het oog zou hebben ? Dat kan toch niet de pure vaststelling zijn van het feit dat het recht geschonden is zonder dat zulke vaststelling enig gevolg mag hebben <sup>(1201)</sup> ? Het is niet op eigen gezag dat de Raad van State iets oplegt of het recht herstelt, maar direct krachtens een rechtsregel ; dat laatste werd in de conclusies van procureur-generaal E. KRINGS bij het voormelde arrest van het Hof van Cassatie niet opgenomen <sup>(1202)</sup> .

Het arrest ZOETE II werd, zoals aangegeven en zoals in de rechtsleer genoegzaam aan bod kwam <sup>(1203)</sup>, door het Hof van Cassatie vernietigd <sup>(1204)</sup>. A. VAN OEVELEN vroeg zich toen af of men uit dat cassatiearrest van 23 maart 1984 het ontmoedigend besluit moet trekken dat, waar er vanwege het bestuur klaarblijkelijke onwil aanwezig is om zich te schikken naar een arrest van de Raad van State, het recht daar machteloos tegenover staat <sup>(1205)</sup> ? Hij suggereerde toen dat de verzoekende partij bij de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering zou kunnen instellen om de overheid te horen bevelen het rechtsherstel in specifieke vorm te

---

<sup>1201</sup> Zie randnr. 409 over de vraag wat een arrest "toevoegt" aan de rechtsordering.

<sup>1202</sup> E. KRINGS, Concl. bij Cass. 23 maart 1984, R.W. 1984-85, 15, pnt 9.

<sup>1203</sup> Zie uitgebreid I. OPDEBEEK, Rechtsbescherming..., o.c., 308-309, nr. 610.

<sup>1204</sup> Omdat de Raad van State niet tot specifiek herstel van het recht bevoegd zou zijn. De toen gerezen discussiepunten worden niet meer uiteengezet omdat sindsdien de Raad van State de wettelijke mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom en van voorlopige maatregelen heeft gekregen.

<sup>1205</sup> A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984", l.c., 1413-1436.

verlenen dat uit het vernietigingsarrest voortvloeit, de passende maatregelen te nemen om een einde te maken aan de onwettigheid die door de Raad van State is vastgesteld (<sup>1206</sup>) en om een dwangsom op te leggen om iets te doen of niet te doen.

De bedenking van A. VAN OEVELEN dat het recht bij onwil nog steeds machteloos kan staan, is, zoals uit de hierboven aangehaalde voorbeelden blijkt (<sup>1207</sup>), ondanks de dwangsom en ondanks de mogelijkheid om voorlopige maatregelen op te leggen, niet voorbijgestreefd. Maar ook ten tijde van het arrest ZOETE II kon de overweging worden gemaakt dat, ingeval duidelijk uit het arrest van de Raad van State bleek wat de overheid moest doen na het vernietigingsarrest, het niet duidelijk was waarom men de burgerlijke rechter hetzelfde moest laten beslissen maar dan met een vermeend groter gezag. Het gezag van gewijsde van de arresten van de Raad van State behoeft of mag toch geen justitiële "ondersteuning" behoeven om werkzaam te zijn. De schadevergoeding die de burgerlijke rechter toekent is voor de rechtzoekende niet wat hij in wezen zoekt en het bestuur kan uiteraard niet aan zijn rechtsplicht voldoen door eventueel alleen schadevergoeding te betalen.

A. VANDER STICHELE had ook reeds gesuggereerd de overheid voor de burgerlijke rechter te dagvaarden, ingeval het bestuur een arrest niet uitvoert, maar van oordeel zijnd dat zulks al evenmin een adequaat rechtsherstel kon genoemd worden. Daarbij vond hij steun bij RIVERO die stelde dat de administratie met het geld van de gemeenschap toch het recht niet kan kopen om te mogen ongehoorzaam zijn aan het gezag van gewijsde (<sup>1208</sup>) ? Hij verklaarde dat de weerstand van de administratie overigens niet

---

<sup>1206</sup> Die suggestie is gemaakt toen de Raad van State nog niet de bevoegdheid bezat om voorlopige maatregelen te bevelen.

<sup>1207</sup> Zie het deel over "De band met een annulatiearrest : als iemand door een annulatiearrest geacht wordt de meeste aanspraken te hebben", randnr. 242.

<sup>1208</sup> "Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemde", l.c., 45. Zie ook L.M. VENY, *Actualia inzake (onderwijs)aansprakelijkheid*, in *Actuele vraagstukken van onderwijsrecht*, Cahiers voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid, J. DE GROOF (ed.), 1997, Kluwer rechtswetenschappen België, 31-92 (32)).

alleen kan bestaan in de weigering of de onthouding van hetgeen zij moet doen, maar ook in de weigering schadevergoeding toe te kennen (<sup>1209</sup>). Hier kan opnieuw worden verwezen naar het feit dat met betrekking tot onderwijsgeschillen, meerdere gevallen bekend zijn waarbij een rechtzoekende, na een gunstig arrest van de Raad van State waarbij de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid werd vernietigd en vervolgens na een gunstig vonnis van de burgerlijke rechter dat die rechtzoekende dientengevolge schadeloosstelling toewijst, jaren heeft moeten wachten op uitbetaling (<sup>1210</sup>). Zonder titel van de burgerlijke rechter zou hij helemaal geen schadevergoeding hebben gekregen van de overheid ; in het geval dat de minister daar zelf, zoals hierboven aangetoond, reeds toe bereid was, stuitte hij op het Rekenhof dat de minister geen visum tot uitbetaling zonder titel verleende. Elke betrokkene afzonderlijk was - is - dan ook verplicht de burgerlijke rechter te adiëren (<sup>1211</sup>).

#### § 4. Dwangsom bij de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid

334. Een voorbeeld van het opleggen van een dwangsom bij niet nakoming van de verplichting - vastgesteld door de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing - om een

---

<sup>1209</sup> A. VANDER STICHELE "Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemden", *T.B.P.* 1975, 78 ; -, "Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State", *l.c.*, 990-991.

<sup>1210</sup> En er is in beginsel geen gedwongen tenuitvoerlegging tegen de overheid mogelijk, m.a.w. er kan op de overheidsgoederen geen beslag worden gelegd. De wet van 30 juni 1994, die artikel 1412bis in het Gerechtelijk Wetboek invoegt, handhaaft de immuniteit als beginsel maar laat ook openingen naar het beslag van overheidsgoederen (Zie bijvoorbeeld A. VAN MENSEL, *De Belgische Federatie - Het labyrint van Daedalus*, o.c., 45 ; A. VAN MENSEL, *De administratieve rechtshandeling*, o.c. 129 ; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer rechtswetenschappen België, 1995, 705-707 en de daar aangehaalde rechtsleer ; B. PEETERS, "Dwanguitvoering op overheidsgoederen. Een commentaar op art. 1412bis Ger.W.", *T.B.P.*, 1995, 72 ; J. DELTOUR „Over beslag op overheidsgoederen en ontucht : achterhoedegevechten over de rol van de rechter", *T.B.P.* 1995, 115-117 ; LUST, S., *Rechtsherstel...*, o.c. 138, nr. 94-99 ; 438-440, nr. 247-250.

<sup>1211</sup> Zie het "pecuniair rechtsherstel" vanaf randnr. 310.

gegadigde (bij gebonden bevoegdheid), aan te stellen is de zaak DECREUS (<sup>1212</sup>). Verzoekster vecht de weigeringsbeslissing aan waarbij, eensdeels, een ander dan zijzelf wordt aangesteld en, anderdeels, die aanstelling impliciet wordt geweigerd aan haarzelf. De Raad van State vernietigt beide beslissingen, waarna in juni het arrest aan de overheid wordt betekend maar in oktober nog niets gebeurd is, waarop verzoekende partij het bestuur aanschrijft. Doch in plaats van haar in uitvoering van het arrest aan te stellen, deelt de overheid haar mee dat "na toepassing" van het arrest haar dienstanciënniteit wordt verhoogd met een aantal dagen.

Maanden later vraagt de verzoekende partij opnieuw om haar tijdelijk aan te stellen ; haar brief geldt nu als een aanmaning in toepassing van artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het enige wat het bestuur daarop antwoordt, is alweer dat een aantal dagen dienst aan haar anciënniteit worden toegevoegd. De Raad van State stelt vast

*„dat de onthouding van het bestuur om een beslissing omtrent de tijdelijke aanstelling van verzoekende partij te nemen, niet zozeer van onwil getuigt als wel van een gebrek aan inzicht in wat het bestuur rechtens te doen staat ter uitvoering van het arrest. Het arrest is niet zelf de titel en het bestuur moet er zich derhalve rekenschap van geven dat zij mèer moet doen dan alleen de rechtsgevolgen verwezenlijken die aan het bezit van die titel verbonden zijn" (<sup>1213</sup>).*

Die gedachte wordt reeds ontmoet in het arrest VAN DE KERCKHOVE (<sup>1214</sup>). Het is niet uit kracht van een arrest dat een verzoekende partij een tijdelijke aanstelling of een benoeming verwerft, de overheid moet nadien de daartoe strekkende beslissing nemen opdat verzoekende partij rechtens zou zijn

---

<sup>1212</sup> R.v.St. nr. 41.297, DECREUS, 8 december 1992.

<sup>1213</sup> R.v.St. nr. 41.297, DECREUS, 8 december 1992. De beslissing houdende aanstelling is de nieuwe overheidsbeslissing bij het uitblijven waarvan de Raad van State aan de betrokken overheid een dwangsom kan opleggen krachtens art. 36 R.v.St.-wet.

<sup>1214</sup> R.v.St. nr. 14.479, VAN DE KERCKHOVE, 27 januari 1971.

aangesteld of benoemd en de aan die beslissing verbonden rechtsgevolgen tot stand kunnen komen (<sup>1215</sup>).

**§ 5. De dwangsom als instrument om de onwetendheid met betrekking tot de uitvoering van het arrest door de overwegingen in het dwangsomarrest uit de wereld te helpen**

335. Het is belangrijk met het oog op een sneller rechtsherstel dat de Raad van State in het arrest DECREUS preciseert wat de overheid moest doen. De Raad was daar nu wel toe gedwongen doordat het bestuur te kennen gaf er zich niet van bewust te zijn onwettig uitvoering te hebben gegeven aan het vorig annulatiearrest, maar de precisering kan eigenlijk niet omstandig genoeg gebeuren. De Raad van State stelt dan ook dat, nu hij duidelijk heeft aangegeven wat hij van het bestuur verlangt, dit geen enkel excuus meer heeft om geen beslissing tot aanstelling te nemen en de Raad geeft het bestuur daar een maand de tijd toe. Na die maand is een dwangsom van 5.000 frank per dag vertraging verschuldigd.

Met dergelijk bedrag nam de Raad van State in het arrest BOCKSTAEL geen genoegen toen de overheid wel het vroeger arrest BOCKSTAEL (<sup>1216</sup>) had uitgevoerd ingevolge hetwelk zij de verzoeker een reffectatie moest verlenen, maar dat slechts voor één dag had gedaan. De Raad van State overweegt, na een uitleg over wat een reffectatie is in de zin van de onderwijsregeling, dat de reffectatie uitsluitend voor de dag van 1 januari 1994 (<sup>1217</sup>) niet aangemerkt kan worden als de nieuwe rechtshandeling die tot herstel van de wettigheid na het eerdere vernietigingsarrest gesteld moet worden en brengt de

---

<sup>1215</sup> R.v.St. nr. 25.355, LEMAITRE, 23 mei 1985 ; R.v.St. nr. 33.265, BERNARD, 20 oktober 1989.

<sup>1216</sup> R.v.St. nr. 62.591, BOCKSTAEL, 16 oktober 1996.

<sup>1217</sup> Op 2 januari 1994 wordt de reffectatie van verzoeker reeds vervangen door een wedertewerkstelling ; verzoeker beoogde een "daadwerkelijke" reffectatie en de Raad geeft onder meer aan dat hij in zijn vorig arrest in het dictum niet eens de datum van 1 januari heeft vermeld (overw. 5.2. en 5.3.)

door verzoeker gevorderde dwangsom van 10.000 frank ambtshalve op 50.000 frank "omdat een lager bedrag niet evenredig is met de inzet van het geding" (<sup>1218</sup>).

V. FRANCK-de CALLATAY illustreert de ook uit zopas vermelde voorbeelden blijkende onwetendheid bij de overheid met betrekking tot het resultaat van een vernietiging. Zij stelt dat de overheid een vernietigde beslissing soms beschouwt als zijnde „abrogée”, „suspendue”, „maintenue à titre documentaire” !” (<sup>1219</sup>).

## § 6. Dwangsom bij de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bij discretionaire bevoegdheid

336. In het geval waarbij de overheid verplicht is een handeling te stellen in uitvoering van een arrest, kan de Raad van State haar veroordelen tot de verbeurte van een dwangsom zo het bestuur in gebreke blijft die handeling te nemen ; die mogelijkheid geldt ongeacht of die handeling kadert binnen een gebonden dan wel een discretionaire bevoegdheid, aangezien, het zij beklemtoond, de dwangsom het uitvaardigen van de handeling als zodanig betreft en niet de concrete inhoud ervan behelst (<sup>1220</sup>).

Een voorbeeld van het opleggen van een dwangsom bij discretionaire bevoegdheid is de zaak VLAEMINCK nr. 61.810 (<sup>1221</sup>). Verzoeker had de vernietiging verkregen van een aanstelling, terwijl de vordering tegen de impliciete weigering hem die aanstelling te verlenen, was afgewezen. Diegene wiens aanstelling was vernietigd, was echter opnieuw aangesteld geworden, aanstelling die ten onrechte gesteund was op het feit dat de begunstigde ervan op een bepaald tijdstip in dienst was

---

<sup>1218</sup> R.v.St. nr. 70.412, BOCKSTAEL, 18 december 1997.

<sup>1219</sup> V. FRANCK-DE CALLATAY, « L'exécution... » *l.c.*, 37.

<sup>1220</sup> coorS. LUST, P. NIHOUL en P. LEVERT, "L'astreinte et le Conseil d'Etat. Eléments de jurisprudence", *Adm. Publ(T.)* 1993, 12-35.

<sup>1221</sup> R.v.St. nr. 61.810, VLAEMINCK, 19 september 1996.

geweest. Ten onrechte, want de basis was een vernietigde aanstelling waarmee in rechte geen rekening had mogen worden gehouden.

In het besluit van dit arrest legt de Raad van State een dwangsom op van 200.000 frank per dag aan de verwerende partij totdat ze heeft beslist :

- ofwel dat de betrekking die ingenomen werd door diegene wiens aanstelling was vernietigd, hoe ze ook was benaamd, aan niemand meer wordt toegewezen omdat zij niet behouden wordt, niet in de personeelsformatie en ook niet erbuiten ;
- ofwel deze betrekking, hoe dan ook benaamd, opnieuw toe te wijzen, ditmaal de kandidatuur, zo die er is, van de verzoeker formeel in aanmerking nemend, eventueel met motivering van de afwijzing van die kandidatuur (<sup>1222</sup>).

Aan te stippen valt dat de Raad hier weer duidelijk het te verlenen herstel omschrijft. Dergelijke handelwijze zal overheden er meer toe aanzetten om arresten uit te voeren en de verzoekende partijen die succes haalden bij de Raad van State dichter bij de door hen gewenste genoegdoening te brengen.

#### § 7. De dwangsom om de overheid te verplichten personeel over te nemen : de zaken van de Vlaamse Operastichting

337. De Raad van State vernietigt in het arrest DRIESSENS de weigering van de Vlaamse Operastichting om onder meer de verzoekende partij over te nemen op grond van de schending van een rechtsregel die zulke verplichting inhoudt (<sup>1223</sup>). De verzoekende partij is er vervolgens toe genoodzaakt geweest, bij de Raad van State te vorderen de verwerende partij te verplichten hem over te nemen op straffe van een dwangsom ; de V.Z.W. Vlaamse Operastichting werd er dienvolgens toe

---

<sup>1222</sup> De dwangsom wordt verbeurd vanaf de dertigste dag na die van de betekening aan de verwerende partij van het arrest.

<sup>1223</sup> R.v.St. nr. 40.314, DRIESSENS, 15 september 1992.

veroordeeld een dwangsom te betalen per dag vertraging in het overnemen van de verzoeker (<sup>1224</sup>).

338. J. LUST schrijft in verband daarmee dat het welbepaalde rechtsherstel dat verzoeker met de dwangsom wil afdwingen, niet in het vernietigingsarrest besloten ligt (<sup>1225</sup>). Zijn stelling was gebaseerd op, - wat zoals eerder aangehaald, in het Cassatiearrest VEREERTBRUGGEN werd geoordeeld (<sup>1226</sup>) - het feit dat het gezag van gewijsde, beperkt is tot wat de rechter beslist heeft en daartoe noodzakelijk beredeneerd heeft over een punt dat in betwisting was en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren.

339. De Raad van State heeft in het arrest DRIESSENS geoordeeld dat, zo het bestuur ten opzichte van wie een dwangsom kan worden gevorderd, een onwettig bestaan leidt daar het onwettig was opgericht, daaruit niet evidentelijk mag worden geconcludeerd dat dit bestuur niet de verplichting heeft om verzoeker over te nemen. Het stoorde de Raad van State blijkbaar dat om ander personeel over te nemen het bestuur haar eigen onwettig bestaan negeerde en oordeelde dat ze wel kon handelen, maar dat om verzoeker over te nemen, zij zich achter haar onwettig bestaan verschuilde. Hoe dan ook zijn CLAES en DRIESSENS, twee van de drie verzoekers, overgenomen geworden, terwijl de vele anderen die geen annulatieberoep hadden ingediend - er was besloten slechts met een paar verzoekers de Raad van State aan te spreken - een vordering tot schadeloosstelling hebben ingediend bij de burgerlijke rechter en die ook hebben gewonnen (<sup>1227</sup>) ; weliswaar zijn zij niet

---

<sup>1224</sup> R.v.St. nr. 43.737, DRIESSENS, 7 juli 1993, *T.B.P.*, 1993, 635-638.

<sup>1225</sup> Verslag en advies J. LUST bij R.v.St. nr. 43.737, DRIESSENS, 7 juli 1993, *T.B.P.* 1993, 634.

<sup>1226</sup> Zie randnr. 76, vn. 318.

<sup>1227</sup> "Er wordt niet betwist dat de toestand van al de eisers identiek dezelfde was als deze van J. DRIESSENS en F. CLAES, die met succes de vernietiging van de beslissing van de VLOS hebben bekomen (...) en dat eiser in de voorwaarden verkeerde om "zonder meer te worden overgenomen door de VLOS" (Rb Gent 20 november 1996, onuitg.).



gereïntegreerd geworden. De burgerlijke rechter stelt ter zake op vordering van personeelslid A. DE GROOF, die niet de Raad van State, wel de burgerlijke rechter had geadieerd :

*"Zo het juist is dat door het niet aantekenen van een annulatieberoep geen retroactieve reconstitutie van zijn loopbaan kan worden bekomen door de eiser, belet dit niet dat de rechtbank, in het kader van de wetmatigheidscontrole steeds bevoegd is na te gaan of de (...) zorgvuldigheidsplicht (...) werd nageleefd".*

Betrokkene verwierf in het raam van het burgerlijk geding enkel schadevergoeding (<sup>1228</sup>).

In dat verband citeert I. OPDEBEEK een uitspraak van het Hof van Beroep van Bergen, dat het "moreel onmogelijk" achtte een bevel te geven aan het bestuur tot reïntegratie van een ten onrechte ontslagen ambtenaar en dat dus enkel een geldelijke schadeloosstelling mogelijk is (<sup>1229</sup>). R. VERSTEGEN stelt :

*"Zo kent (...) de Schoolpactwet (...) aan een personeelslid dat ontslagen werd in een vrije onderwijsinstelling en van wie het ontslag door de arbeidsrechtbank in strijd met de decretale rechtspositieregeling wordt bevonden, een verrassend permanent recht op loon toe. Dit is bedoeld als druk om het schoolbestuur te brengen tot een reïntegratie die de arbeidsrechtbank niet kan bevelen, en die voor het bestuur van een officiële instelling als wettelijke plicht zou volgen wanneer de Raad van State een onregelmatig ontslag nietig verklaart. Dit is een bepaling die de problematiek illustreert, maar op zichzelf ook al niet zonder vragen naar redelijkheid en gelijkheid (...)"* (<sup>1230</sup>).

Alhoewel het aanbeveling zou verdienen dat de Raad van State zelf op de naleving van de verplichting om de dwangsom te betalen zou kunnen toezien - bijvoorbeeld in zopasvermelde

---

<sup>1228</sup> De VLOS wordt veroordeeld tot het betalen aan A. DE GROOF van 2.000.000 fr. onverminderd de vergoedende rente vanaf 1 februari 1991 tot 29 juni 1993 en vanaf dan de gerechtelijke intrest (Rb Gent 20 november 1996, onuitg.)

<sup>1229</sup> OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, o.c., 239, nr. 465, vn. 58. Voor een bespreking van de mogelijkheden tot bevel van de burgerlijke rechter, zie vooral S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 109-138.

<sup>1230</sup> R. VERSTEGEN, "De Raad van State is onbevoegd voor vrije onderwijsinstellingen", noot bij R.v.St. nr. 93.289, DESCHUTTER, 13 februari 2001, *R.W.*, 2000-2001, 1388-1391.

zaken van de Vlaamse Operastichting werd de dwangsom niet betaald, ook niet na tussenkomst bij de minister van binnenlandse zaken -, is de mogelijkheid ze uit te spreken zeker een uiterst nuttig instrument.

## § 8. Discretionaire bevoegdheid en de verplichting te benoemen gekoppeld aan de dwangsom : de zaken BOURGEOIS

340. Het volgende voorbeeld - van opeenvolgende gedingen voor de Raad van State - door O. DAURMONT becommentarieerd (<sup>1231</sup>), reveleert het nut van dit instrument. De gemeente Saint-Hubert wil de vacante betrekking van gemeentesecretaris begeven en legt de benoemingsvoorwaarden vast, waarna een examen wordt georganiseerd. Een bepaalde kandidaat die reeds gemeenteambtenaar is, wordt van dit examen vrijgesteld ; twee anderen slagen ervoor en één ervan wordt tot gemeentesecretaris benoemd. De andere geslaagde, BOURGEOIS, en de vrijgestelde kandidaat vechten die benoeming aan omdat niet voldaan is aan alle benoemingsvereisten, meer bepaald de diplomavereisten, waarop vernietiging volgt (<sup>1232</sup>).

De gemeente benoemt vervolgens de van het examen vrijgestelde kandidaat BERQUE ; ook die benoeming wordt door de vorige verzoekster, BOURGEOIS, aangevochten. Ze ziet haar beroep ingewilligd omdat het bestuur de betrekking bij wege van aanwerving had begeven en alsdan geen vrijstelling van examen kon worden verleend (<sup>1233</sup>). Het enige wat uiteindelijk nog overblijft, is de kandidatuur van verzoekster BOURGEOIS die dit in herinnering brengt aan de gemeente. Die beslist, enerzijds, om haar niet te benoemen en anderzijds, om de betrekking te begeven bij wege van aanwerving en bevordering. Verzoekende

---

<sup>1231</sup> O. DAURMONT, "Une autorité n'est elle jamais tenu de nommer ?", *Rev.dr.comm.*, 1995, 68-74 ; -, "Le Conseil d'Etat, juge naturel de l'administration", in : *L'administration en 7 questions*", Brussel, Bruylant, 1996, 122-123.

<sup>1232</sup> R.v.St. nr. 35.385, BOURGEOIS, 4 juli 1990.

<sup>1233</sup> R.v.St. nr. 38.978, BOURGEOIS, 13 maart 1992.

partij BOURGEOIS vecht beide beslissingen aan, waarbij de Raad van State vaststelt dat aangaande het verwerpen van haar kandidatuur in het dossier geen enkel motief aanwezig is dat die beslissing zou kunnen schragen.

Het motief dat de verwerende partij voor de tweede bestreden beslissing opgeeft is, dat zij aan diegene die eerst van het examen vrijgesteld was (<sup>1234</sup>), de gelegenheid wou geven om aan de examens deel te nemen indien hij dat zou wensen. Zij voerde aan daarmee tevens te willen verhinderen dat deze eventueel schadeloosstelling zou kunnen vorderen.

Om de nieuwe oproep te verantwoorden, wordt door de verwerende partij dezelfde redengeving opgegeven als in de laatste zaak DE MEUTER, met name dat het bestuur zoveel mogelijk kandidaturen wil kunnen onderzoeken. Een nieuwe benoemingsprocedure, zo wordt daaraan toegevoegd, zou het mogelijk maken dat kandidaten bij wijze van bevordering kunnen worden benoemd. De volgende vaststellingen kunnen op grond van het arrest dat daarover statueert worden gemaakt.

#### 1. Vernietiging van de weigering te benoemen en van de beslissing om de procedure terug op te starten

341. Belangrijk is dat de Raad van State na de toetsing van deze motieven, de weigeringsbeslissing verzoekster BOURGEOIS te benoemen vernietigt en meteen aan het bestuur de mogelijkheid ontnemt een nieuwe benoemingsprocedure in te zetten.

Immers, wat het motief betreft erin bestaand dat de gemeente wil verhinderen dat kandidaat BERQUE wiens benoeming is vernietigd, schadevergoeding zou kunnen vorderen, oordeelt de Raad van State dat dit een onwettig motief is (<sup>1235</sup>). Inzake het andere motief, te weten dat men gemeente-ambtenaren wil toelaten voor de vacante betrekking te postuleren, stelt de Raad van State dat die reden de ware motivering van het bestuur verhuult ; ware motivering die blijkt uit het feit dat de

---

<sup>1234</sup> Ten opzichte van wie die vrijstelling door de Raad van State eerder onrechtmatig bevonden was.

<sup>1235</sup> R.v.St. nr. 47.444, BOURGEOIS, 11 mei 1994.

kandidaat BERQUE, wiens benoeming is vernietigd, de functie van gemeentesecretaris uitoefent. Het motief dat erin bestaat dat reeds vijf jaar verstreken is sinds de bekendmaking van de vacature (<sup>1236</sup>), wordt door de administratieve rechter niet als determinerend beschouwd nu de gemeente er de oorzaak van is dat tot tweemaal toe kandidaten zijn benoemd die niet aan de voorwaarden voldeden. De Raad van State onderzoekt de motieven van de twee beslissingen in een zelfde context en vernietigt dus zowel de beslissing waarbij wordt geweigerd BOURGEOIS te benoemen als die waarbij wordt beslist de procedure terug op te starten (<sup>1237</sup>).

De gemeente verklaart de betrekking opnieuw vacant maar verandert de benoemingsvoorwaarden dusdanig dat de gemeenteambtenaar BERQUE, die voorheen van het examen was vrijgesteld, die benoemd was geweest en wiens benoeming was vernietigd door de Raad van State omdat de rechter had geoordeeld dat hij ten onrechte niet aan het examen had moeten deelnemen, opnieuw zou kunnen worden benoemd.

Verzoekster BOURGEOIS had na het arrest van de Raad van State waarbij onder meer de weigering haar te benoemen wordt vernietigd, aan de gemeente gevraagd om het arrest uit te voeren, maar hierop geen antwoord ontvangen ; zij dient daarop een vordering in bij de Raad van State tot het opleggen van een dwangsom.

## 2. DE RAAD VAN STATE LEGT DE VERPLICHTING OP OM TE BENOEMEN GEKOPPELD AAN EEN DWANGSOM

342. Ondertussen had de gemeente alweer de gemeentelijke ambtenaar BERQUE benoemd op grond van de voormelde gewijzigde voorwaarden. Hij had als enige het examen afgelegd, was ervoor geslaagd op 15 september 1993 en reeds op 6 oktober 1993 benoemd. Verzoekende partij BOURGEOIS voert voor de Raad van State aan dat de benoeming de schending inhoudt van de weigering haarzelf te benoemen en bovendien gesteund is op een

---

<sup>1236</sup> Dat motief ontmoetten we ook reeds in de zaak DE MEUTER.

<sup>1237</sup> R.v.St. nr. 47.444, BOURGEOIS, 11 mei 1994.

onwettige vacantverklaring. Het middel wordt als kennelijk gegrond beschouwd en de benoeming wordt vernietigd (<sup>1238</sup>).

Tegen het verzoek van BOURGEOIS om de gemeente te veroordelen tot een dwangsom van 25.000 fr. per dag vertraging in de uitvoering van het arrest dat de tweede vacantverklaring en de weigering te benoemen vernietigt, brengt de tegenpartij in dat BERQUE benoemd is en dat zij dus niet ziet hoe het arrest dat de weigering te benoemen van verzoekende partij heeft geannuleerd, uitgevoerd kan worden.

De Raad van State antwoordt dat de vernietiging van de benoeming van BERQUE meebrengt dat hij geacht wordt nooit benoemd te zijn geweest tot gemeentesecretaris. Het arrest overweegt evenzeer dat de betrekking vacant is sinds 1986 en dat de gemeente ertoe gehouden is, overeenkomstig haar definitief geworden beslissing van 26 november 1986, om ze te begeven bij wijze van aanwerving. De administratieve rechter stelt voorts vast dat alleen de kandidatuur van verzoekende partij ontvankelijk ingesteld is en verwijst naar het feit dat de motieven om haar niet te benoemen door de Raad van State onwettig bevonden zijn.

De Raad van State overweegt vervolgens dat de verwerende partij *verplicht is verzoekende partij te benoemen*. De dwangsom wordt opgelegd per dag vertraging in de benoeming (<sup>1239</sup>), waarna de verzoekende partij wordt benoemd.

### 3. BENOEMINGSVERPLICHTING BIJ DISCRETIONAIRE BEVOEGDHEID IN EEN AMBT WAARIN MOET WORDEN VOORZIEN (<sup>1240</sup>).

---

<sup>1238</sup> R.v.St. nr. 52.680, BOURGEOIS, 4 april 1995. De procedure voorgeschreven door artikel 94 van het algemeen procedurereglement kan slechts worden toegepast wanneer de gegrondheid van het middel voor de hand ligt of, anders gezegd, dat ieder met de betrokken reglementering vertrouwd persoon die kennis krijgt van de desbetreffende rechtsleer en rechtspraak, na een eerste aanblik reeds, de gegrondheid van het middel als enig mogelijke oplossing naar voren schuift (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 77.276, 1 december 1998).

<sup>1239</sup> R.v.St. nr. 52.706, BOURGEOIS, 5 april 1995.

<sup>1240</sup> Zie randnr. 177, vn. 610.

343. Het geval BOURGEOIS is dus een geval van discretionaire bevoegdheid waarin de Raad van State het bestuur oplegt een kandidaat te benoemen. De Raad van State doet dat opnieuw niet van bij het eerste arrest, zelfs niet vanaf het tweede arrest en evenmin op eigen initiatief. Verzoekende partij heeft er gelukkig de gemeente aan herinnerd dat zij de benoeming ambieerde en daarop de beslissing gekregen dat de gemeente haar niet wou benoemen ; also werd de weigeringsbeslissing te benoemen expliciet en vernietigbaar. Toen de weigeringsbeslissing na een eerste vernietiging door de tegenpartij werd genegeerd, heeft de Raad van State de gelegenheid aangegrepen om in de overwegingen van het arrest dat bij niet-benoeming van verzoekende partij een dwangsom oplegt, te stellen dat verzoekende partij MOEST worden benoemd. Bemerkt dat de Raad van State er toch nog bijschrijft dat het een essentiële functie betreft in de gemeente en dat het onaanvaardbaar is dat daarin door de houding van het bestuur nog niet is voorzien bij wege van benoeming. Blijkbaar wil de Raad van State er nog concrete omstandigheden bijhalen om het opleggen van een benoemingsverplichting enigszins te ondersteunen. Dat het bestuur zelf de uitdrukkelijke beslissing - apart van de beslissing om de betrekking weer vacant te verklaren - had genomen verzoekende partij niet te benoemen, heeft het mogelijk gemaakt het bestuur daartoe te verplichten. De vraag rijst of de Raad van State in andere omstandigheden zou hebben aanvaard de impliciete weigeringsbeslissing te vernietigen.

#### 4. ONDERLIJND MOET WORDEN DAT HET DE VERZOEKENDE PARTIJ IS DIE HAAR PROCES MAAKT

344. Uit de zopasbeschreven feiten in de zaak BOURGEOIS blijkt alweer dat het vaak de verzoekende partij is die de afloop van haar proces in handen heeft (<sup>1241</sup>). Het is zij die

---

<sup>1241</sup> J. LUST schrijft "Op grond van welk middel de rechter de vernietiging uitspreekt, hangt in niet geringe mate van de verzoeker af." ("De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c., 149 nr. 80).

over het voorwerp van het beroep beslist (<sup>1242</sup>). Indien we redeneren in de geest van de voormelde arresten DE MUYNCK, DE BIE, STERCKX, zou het niet nodig zijn de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing aan te vechten omdat die impliciet vervat zou zijn in de benoeming. Maar wellicht zou de Raad van State ze dan, indien juridisch mogelijk, niet expliciet vernietigen. Het in dit werk gehanteerd uitgangspunt, met name dat het wél nodig is de impliciete weigeringsbeslissing expliciet tot voorwerp van de vordering tot nietigverklaring te maken en dat het nog mèèr nodig is die nietigverklaring in het dictum uit te spreken, wordt gesterkt door de zaken BOURGEOIS.

Er kan de Raad van State niet meteen tot de verplichting zien worden besloten om verzoekende partij te benoemen zonder dat er in het geding ooit expliciet over weigering te benoemen werd gesproken. Wellicht zou de Raad van State dat ook nog niet gedaan hebben indien de gemeente enkel had beslist de betrekking weer vacant te verklaren. Wellicht zou de Raad van State de motieven van die beslissing onwettig hebben bevonden. Het logische gevolg van de vernietiging ervan ware geweest dat, nu er geen andere motieven veropenbaard werden door het bestuur, niets meer de benoeming van verzoekende partij in de weg stond. Of het bestuur daarom de verzoekende partij zou hebben benoemd, is zeer de vraag. Doordat er nu een duidelijke, formele beslissing tot weigering te benoemen was genomen door het bestuur, kon de dwangsom aan de niet-uitvoering van de vernietiging van de weigeringsbeslissing worden gekoppeld. Het zij beklemtoond dat het specifieke aan de zaak BOURGEOIS is dat het bestuur expliciet een besluit nam inhoudend de weigering

---

<sup>1242</sup> "De overheid is gehouden tot al wat, maar enkel tot wat in het voorwerp van het door de verzoeker ingestelde beroep begrepen is" (R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 2.2.). Zeldzame keren vernietigt de Raad van State mèèr dan er is gevorderd : in de arresten VAN DEUN (R.v.St. nrs. 30.122, 30.123 en 30.125, VAN DEUN, alle arresten van 24 mei 1988) overweegt hij dat aangezien verzoeker zich op zijn voorrang beroept, hij impliciet maar zeker aanvoert dat hij de aanstellingen had moeten krijgen en dat de impliciete weigeringsbeslissingen ze hem te geven dus mede vernietigd moeten worden. Het gaat evenwel om gebonden bevoegdheid wat de rechtsplicht direct zichtbaar maakt.

verzoekster te benoemen. De vernietiging daarvan leverde in dit geval geen problemen op omdat het om een afzonderlijke administratieve rechtshandeling ging. De verplichting om te benoemen volgde uit de vernietiging en aan een verplichting voor het bestuur kan een dwangsom worden gekoppeld.

345. Te wijzen valt nogmaals op de bewoordingen van het arrest VAN DEN DRIESSCHE (<sup>1243</sup>) : het herstel van de wettigheid houdt in dat de overheid de verdere uitvoering van de vernietigde beslissing doet stopzetten (<sup>1244</sup>).

Het is de verzoekende partij die de ontvankelijkheid van het onderzoek naar de weigering om haar kandidatuur in aanmerking te nemen en om haar te benoemen, kan bewerkstelligen. Ter illustratie de volgende zaak VAN DEN BRANDEN (<sup>1245</sup>). De verzoeker is duidelijk de betere kandidaat met het oog op de aanstelling. De administratie stelt de overheid voor om hem aan te stellen daar hij het best voldoet aan de jobvereisten en zijn kandidatuur reeds informeel gunstig wordt beoordeeld. De overheid vraagt daarentegen om naar andere kandidaten te zoeken, waarop de administratie opnieuw antwoordt dat verzoeker voldoet. De overheid herhaalt haar vraag, waarop er nieuwe kandidaten worden gezocht, zonder nieuwe oproep. Verzoeker dient tegen de aanstelling van een derde een verzoek tot schorsing en tot vernietiging in maar verschijnt om niet bekende redenen niet ter terechtzitting zodat de vordering tot

---

<sup>1243</sup> R.v.St. nr. 75.693, VAN DEN DRIESSCHE, 8 september 1998.

<sup>1244</sup> Een dwangsom van 100.000 fr. per dag wordt opgelegd totdat het vroegere arrest wordt nageleefd.

<sup>1245</sup> Ter illustratie bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 114.268, DE BRUYNE, 6 januari 2003 : "Overwegende dat verzoeker bij de verduidelijking van zijn belang betoogt dat hij zich verzet tegen de benoeming (...) "welke beslissing impliceert dat deze benoeming ten onrechte aan verzoeker werd geweigerd" ; dat de verwerende partij op basis van die vermelding de exceptie formuleert dat het beroep niet ontvankelijk is in zoverre verzoeker de vernietiging vraagt van de in de bestreden beslissingen vervatte impliciete weigering om hem te benoemen ; dat verzoeker in zijn memorie van wederantwoord toelicht dat het niet zijn bedoeling is een complementaire vordering in te stellen gesteund op de miskenning door de verwerende partij van de op haar rustende verplichting om hem te benoemen ; dat de exceptie geen voorwerp heeft".



schorsing verworpen wordt (<sup>1246</sup>). Na zes maanden wordt de aanstelling van de concurrente verlengd, verlenging die opnieuw zowel in schorsing als in vernietiging wordt aangevochten ; de onwettigheden die kleven aan de eerste aanstelling kleven eveneens aan de tweede, maar de vordering tot schorsing van de beslissing houdende verlenging wordt afgewezen. De reden daarvoor is dat de eerste bestreden aanstelling niet meer kan worden geschorst. Immers kan de onwettigheid van een individuele rechtshandeling enkel worden aangewend ter vernietiging, c.q. schorsing van een andere individuele rechtshandeling (die aan die eerste haar noodzakelijke rechtsgrond ontleent), ingeval die onwettigheid uitdrukkelijk werd vastgesteld in een annulatiearrest c.q. schorsingsarrest (<sup>1247</sup>). In die omstandigheden kan de gebeurlijke wettigheid van de eerste aanstelling niet worden betrokken op de vraag naar de wettigheid van de tweede aanstelling. Indien de Raad van State de eerste beslissing had kunnen schorsen, zou de noodzakelijke rechtsgrond voor de tweede beslissing zijn weggefallen.

Het is jammer dat de Raad van State geen uitspraak heeft kunnen doen over, eensdeels, het (ongemotiveerd) overheidsoordeel erin bestaande dat, na het eerste voorstel van de administratie om verzoeker te benoemen daar hij het best beantwoordde aan het profiel, haar inziens toch geen enkele kandidaat voldoende beantwoordde aan het profiel en dat de administratie naar passende kandidaten moest zoeken en, anderdeels, over het aanwenden van de spoedprocedure tot aanstelling terwijl die procedure wegens diezelfde ongemotiveerde afwijzing van de kandidatuur van verzoeker werd aangegrepen om toch een ander te kunnen benoemen ; tenslotte over het niet onderzoeken van de kandidatuur van verzoeker in het licht van de minder strenge criteria die bij de administratieve spoedprocedure worden gehanteerd. De Raad van State overweegt dat de eerste beslissing tot aanstelling geen voorbereidende beslissing is ten aanzien van de in het geding staande beslissing, dat verzoeker er weliswaar de schorsing en

---

<sup>1246</sup> R.v.St. nr. 82.911, VAN DEN BRANDEN, 18 oktober 1999.

<sup>1247</sup> R.v.St. nr. 86.892, VAN DEN BRANDEN, 25 april 2000.

de vernietiging van heeft gevorderd, maar zijn vordering tot schorsing werd afgewezen, dat de vordering tot vernietiging nog hangende is zodat het middel niet ernstig is.

Het onwettig bevinden (<sup>1248</sup>) van de eerste aanstelling had er eventueel kunnen toe leiden dat de overheid opnieuw voor het onderzoek van de kandidaturen stond. Bij dat onderzoek had ze rekening moeten houden met de in een arrest overwogen vaststelling dat één kandidaat kennelijk beter was, zodat het haar moeilijk zou zijn geweest deugdelijke motieven te vinden om toch die valabele kandidaat te weren ten voordele van een minder valabele. Zo had nog tijdig - tijdigheid die enkel door een schorsingsprocedure had kunnen zijn bewerkstelligd - een aanzet kunnen gegeven zijn om, weliswaar door minstens één bijkomende vordering (<sup>1249</sup>), de overheid „in een fuik in te werken“. Fuik die erin bestaat dat zij geen bewegingsvrijheid meer overhield om een ander dan verzoeker te benoemen.

346. Een blik over de grens reveleert dat op de vordering tot het opleggen van een dwangsom in Frankrijk blijkbaar minder een beroep wordt gedaan dan in België het geval is, mede omdat de Conseil d'Etat zelf de uitvoering van het arrest bewerkstelligt op vraag van de verzoeker ; ter ondersteuning van die vraag vervult de dwangsom dan ook (slechts) de functie van dreigmiddel (<sup>1250</sup>). Daaruit blijkt dat de eigen initiatieven van de Conseil d'Etat efficiënter zijn dan dwangmiddelen. In België is het opleggen van de dwangsom weliswaar ook efficiënt gebleken, maar het duurt wel veel langer vooraleer de verzoeker voldoening krijgt omdat er in de regel eerst een proceduregang moet zijn aan voorafgegaan.

---

<sup>1248</sup> Door het oordeel dat het middel ernstig was.

<sup>1249</sup> Want ook in dit arrest wordt ten aanzien van de schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing gesteld dat op het eerste gezicht niet blijkt dat de overheid bij haar keuze gebonden was door het voorstel van de administratie of door enige rangschikking en dus ook als slechts één kandidaat zou voldoen aan de benoemingsvoorwaarden, de overheid de rechtsplicht niet heeft om bepaaldelijk die kandidaat aan te stellen.

<sup>1250</sup> B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, Bibliothèque de droit public, tome 172, 892-909. Zij wijst op de te grote terughoudendheid van de Franse administratieve rechter om de dwangsom op te leggen.

347. In Frankrijk werd de wet van 16 juli 1980 met betrekking tot de „Astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public" ingesteld om de niet-uitvoering of de laattijdige uitvoering door het bestuur tegen te gaan (<sup>1251</sup>). De dwangsom wordt toegewezen onafhankelijk van de schadevergoeding. De Franse Conseil d'Etat kan de dwangsom uitspreken om zijn eigen uitspraken of die van elke andere administratieve rechter kracht bij te zetten en kan dat zelfs *ultra petita*. Dat laatste heeft „La Section du rapport et des études" (<sup>1252</sup>), nog nooit gedaan omdat, wanneer de sectie tussenkomt bij het bestuur tengevolge van een klacht zonder dat er een vordering is ingesteld, ze moeilijk zelf een dwangsom kan opleggen indien de tussenkomsten geen resultaat zouden opleveren (<sup>1253</sup>). Wel bestaat sinds het decreet van 1990 de mogelijkheid voor de voorzitter van „La Section du rapport" of voor de voorzitter van het Administratieve beroepshof om, ingeval ze er niet in slagen het bestuur te laten uitvoeren, de voorzitter van „La Section du contentieux" te vatten opdat een procedure zou worden gestart tot het *ambtshalve* opleggen van een dwangsom. De voorzitter van de „Section du contentieux" spreekt het starten van een dergelijke procedure uit bij beschikking die aan de partijen wordt betekend. De zaak wordt bij hoogdringendheid behandeld (<sup>1254</sup>).

---

<sup>1251</sup> J. TERCINET, "Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration", *A.J.D.A.* 1981, 3-31 ; E. BARADUC-BENABENT, "Astreinte en matière administrative (Loi du 16 juillet 1980) », *Reccueil Dalloz-Sirey*, nr. 13, Chronique, 95-100 ; voor een uitvoerige bespreking en kritische opmerkingen terzake de toepassing van de wettelijke bepalingen, zie P. DEJAEGERE, «De bestuurlijke dwangsom : het Franse voorbeeld », *T.B.P.* 1990, 631-642 ; P. LEWALLE, *l'Astreinte, garantie de l'efficacité des annulations prononcées par le Conseil d'Etat*, Mélanges Jean-Marie Auby, 1992.

<sup>1252</sup> Die er sinds de wet van 16 juli 1980 mee belast is geworden raad te geven in de zaken waarin een dwangsom wordt gevorderd (Artikel 59-3 van het decreet van 30 juli 1963, gewijzigd bij decreet van 12 mei 1981 en 15 mei 1990).

<sup>1253</sup> J.P. COSTA, "L'exécution des décisions de justice", in *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 20 juni 1995 spécial, l.c. 229.

<sup>1254</sup> *Idem*, 231.

De dwangsom kan luidens artikel 6 van voormelde wet, provisoir of definitief zijn: „*L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif*“ (<sup>1255</sup>). De Franse dwangsom, ook de definitieve, moet worden verbeurd door de rechter die belast is met de uitvoering (<sup>1256</sup>) ; de provisoire dwangsom kan worden getemperd of ongedaan gemaakt zelfs bij niet-uitvoering van het arrest. De Conseil d'Etat kan beslissen tot ordonnancering van de gefixeerde dwangsom bij niet of bij laattijdige uitvoering ; hij is daartoe verplicht binnen de vier maanden na de betekening van het arrest dat de dwangsom heeft vastgesteld (<sup>1257</sup>). Wordt niet overgegaan tot ordonnancering, dan kan de Staat de schatbewaarder verplichten om te betalen. Wat de lokale besturen of publiekrechtelijke overheidsdiensten aangaat, moet de prefect of de toezichthoudende overheid overgaan tot ambtshalve mandatering (<sup>1258</sup>). Ook kan de Conseil d'Etat beslissen dat een deel van de dwangsom niet naar de verzoekende partij, maar naar het „Fonds de péréquation de la T.V.A.“ gaat (<sup>1259</sup>).

Vijf jaar na de totstandkoming van de eerderevermelde wet van 1980 heeft de Conseil d'Etat de eerste dwangsom opgelegd (<sup>1260</sup>), acht jaar erna werd tot de eerste veroordeling tot het betalen ervan overgegaan (<sup>1261</sup>). Alleszins blijft het aantal

---

<sup>1255</sup> M. STORME stelt dat zo uit rechtsleer als uit rechtspraak ter zake blijkt hoezeer dit onderscheid verwarrend werkt (M. STORME, „In de ban van de dwangsom“, *De Dwangsom*, Jura Falconis Libri (ed.), K.U.L., 1999, 20-21). Ook E. RUSQUEC beklemtoont die verwarring („Astreintes“, in *Jurisclasseur de la Procédure civile*, Fascicules, 2120, 2130 en 2140).

<sup>1256</sup> Artikel 35 van de wet van 9 juli 1991.

<sup>1257</sup> Wet van 16 juli 1980, aangevuld met de wet van 29 januari 1993.

<sup>1258</sup> J.P. COSTA, „L'exécution...“, *l.c.*, 230.

<sup>1259</sup> *Idem*, 229.

<sup>1260</sup> J.P. COSTA verwijst naar het befaamde arrest MME MENNERET, (C.E. Sect. 17 mei 1985, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, SIREY, *l.c.*, 230, vn. 14).

<sup>1261</sup> J.P. COSTA verwijst naar C.E. 2 maart 1988, S.A. LES TENNIS JEAN-BECKER (*idem*, voetnoot 15). In 1994 werd de Staat voor de eerste maal

vragen bescheiden : tussen 1985 en 1993 waren het er minder dan in 1994 alleen, toen het aantal tien bedroeg. De meeste ervan worden niet toegewezen omdat het arrest wordt uitgevoerd voordat over de dwangsom wordt gestatueerd (<sup>1262</sup>). Alzo wordt de dreiging van de veroordeling tot een dwangsom het ultieme middel voor het geval de overreding geen vruchten zou hebben afgeworpen.

348. Het is in diezelfde geestesgesteltenis dat door de Nederlandse bestuursrechter een dwangsom wordt opgelegd. Nadat eerst in 1981 (<sup>1263</sup>) de wettelijke mogelijkheid werd geboden een dwangsom op te leggen van maximaal 10.000 gulden per dag - beperking die thans is weggefallen (<sup>1264</sup>) -, dit in plaats van de bestuursdwang (<sup>1265</sup>) (<sup>1266</sup>), wordt een uniforme dwangsomregeling ingevoerd in de AWB. Artikel 8:72, zevende lid bepaalt dat de rechtbank kan oordelen dat, indien of zolang het bestuursorgaan niet voldoet aan een uitspraak, de door haar aangewezen rechtspersoon aan een door haar aangewezen partij een in de uitspraak vast te stellen dwangsom verbeurt. De rechtbanken zijn vrij terughoudend geweest bij het toepassen hiervan, zij zijn er over het algemeen van uitgegaan dat bestuursorganen ook zonder de dreiging van een dwangsom rechterlijke uitspraken uitvoeren.

---

veroordeeld tot het betalen van een dwangsom van 1000 fr. per dag (C.E. 11 maart 1994, SOULAT, C.E. 11 maart 1994, BOIVIN) (COSTA, *l.c.*, 231, vn. 17).

<sup>1262</sup> S. HUBAC en E. SCHOETTL, "Chronique générale administrative française", *A.J.D.A.* 1985, 399-402.

<sup>1263</sup> A. DE WILDE, "De dwangsom en stedenbouwmisdrijven", in *De dwangsom*, LEUVEN, Jura Falconis Libri, 1999, 198, nr. 33.

<sup>1264</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J.BOK halen een voorbeeld aan waarbij het CBB bepaalt dat een dwangsom van f 100.000 per dag zou worden verbeurd ("Snelheid van rechtspraak", *o.c.* 71).

<sup>1265</sup> G.J.M. VAN WISSEN, "De dwangsom als administratieve sanctie", *T.B.P.*, 1993, 80-83.

<sup>1266</sup> Artikel 5:32 eerste lid bepaalt dat bestuursorganen die bevoegd zijn tot het toepassen van bestuursdwang, eveneens dwangsommen kunnen opleggen (J.H. VERWEIJ, *De bestuurlijke dwangsom*, Instituut voor staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997, 17-18).

#### AFDELING 4. Bevel tot voorlopige maatregelen

349. Artikel 18, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat ingeval bij de Raad van State overeenkomstig artikel 17 een vordering tot schorsing van een akte of een reglement aanhangig wordt gemaakt, hij als enige, bij voorraad en onder de in artikel 17, § 2, eerste lid, bepaalde voorwaarden, alle nodige maatregelen kan bevelen om de belangen <sup>(1267)</sup> van de partijen of van de personen die belang hebben bij de oplossing van de zaak veilig te stellen (...) <sup>(1268)</sup>. Het bevel heeft slechts uitwerking totdat, hetzij ten gronde uitspraak wordt gedaan <sup>(1269)</sup>, hetzij over de vordering tot schorsing - eventueel bij uiterst dringende noodzakelijkheid - <sup>(1270)</sup> is beslist.

---

<sup>1267</sup> Geen pecuniaire belangen want dan is de vraag tot voorlopige maatregelen onontvankelijk (R.v.St. nr. 39.193, VAN VAECK, ARDIJNS, 8 april 1992).

<sup>1268</sup> Moet de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te vragen worden aangebracht in het licht van het bewerkstelligen van rechtsherstel, dan verlangt onderhavig studievoorwerp niet dat het in een breed (theoretisch) perspectief wordt onderzocht. Zie daarvoor bijvoorbeeld E. LANCKSWEERDT, o.c. 207-208, nrs. 428-435 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., 903-904, nr. 883 ; D. VAN HEUVEN en F. VAN VOLSEM, "De Raad van State kan als enige...enkele beschouwingen over het administratief en het gemeenschappelijk kort geding", in X, *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 337-361 ; A. WIRTGEN, "De bevoegdheidsverdeling tussen de administratieve en de justitiële kortgedingrechter", noot onder kort ged. Rb. Brussel 11 april 1997 en R.v.St., nr. 74.765, B.V.B.A. A.C. BILLBOERD, 30 juni 1998, *T.Gem.* 1999, 260-266 ; voor een overzicht van de belangrijkste rechtsleer zie ook coorJ. DERIDDER, "Het administratief kort geding, Commentaar bij art. 18 R.v.St.-wet in *Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2002, losbl., 49-56 ; S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, Kluwer, Recht en praktijk, 2003, 215-223 nrs. 354-380.

<sup>1269</sup> R.v.St. nr. 43.413, DEMONSTREERDERS VERENIGING, 22 juni 1993.

<sup>1270</sup> Over de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zie bijvoorbeeld E. LANCKSWEERDT, o.c. 187-194, nrs. 384-406 ; S. DE TAEYE en W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, o.c., 32-42, nrs. 117-151 ; voor de voorlopige maatregelen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zie S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, o.c. 224-230 nr. 381.

De bedoeling is de Raad van State evenveel macht te verschaffen als de voorzitter van de rechtbank in kort geding bezit, zo stelt M. LEROY :

*"La volonté claire du législateur est de ne pas réduire la protection dont les justiciables pouvaient bénéficier devant le juge de l'ordre judiciaire, et d'accorder au Conseil d'Etat un pouvoir aussi étendu que celui qu'avaient les présidents de tribunaux. Seule restriction : les mesures provisoires ne peuvent avoir pour objet des droits civils"*<sup>(1271)</sup>.

Het bepaalde in dat wetsartikel maakt de Raad van State uiteraard niet bevoegd om zich in de plaats van de bevoegde overheid te stellen om te beslissen <sup>(1272)</sup> en de Raad waakt er ook over de bevoegdheid van de overheid op het stuk van de tenuitvoerlegging van het arrest niet te beperken <sup>(1273)</sup>. Bij wege van een voorlopige maatregel kan de Raad van State aan de verzoeker niet mèer geven dan wat die door een vernietigingsarrest zou kunnen bekomen en hij vermag geen voorlopige maatregel te bevelen waardoor aan de discretionaire bevoegdheid van de overheid afbreuk wordt gedaan <sup>(1274)</sup>.

---

<sup>1271</sup> M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 741.

<sup>1272</sup> De vraag om voorlopige maatregelen teneinde de bevoegde administratieve overheid te bevelen de nodige documenten af te leveren om een bepaalde invoer alsnog mogelijk te maken, is niet ontvankelijk (R.v.St. nr. 40.482, B.V.B.A. AFVALVERWERKING BOTLET, 24 september 1992).

<sup>1273</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 78.224, RENDERS, 19 januari 1999 waarin de beslissing houdende ontslag van ambtswege wordt geschorst. De Raad oordeelt dat, wat de vraag om voorlopige maatregelen te bevelen betreft, niet wordt aangetoond dat verwerende partij (...) zal weigeren om verzoeker te voorlopigen titel weder in dienst te nemen, desgevallend voorlopig in een functie waarin zijn aanwezigheid in de dienst wel degelijk kan worden verzoend met het belang van de dienst. Meteen geeft de Raad van State aan waarin de uitvoering van het schorsingsarrest bestaat.

<sup>1274</sup> R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998. De Raad van State oordeelt in dit schorsingsarrest dat verzoeker geen annulatiemiddelen aanvoert die, mochten zij gegrond worden bevonden, voor de overheid het verbod zouden inhouden om bepaalde bevoegdheden aan een andere ambtenaar dan verzoeker toe te kennen zodat de vordering tot het bevelen van de voorlopige maatregel - erin bestaande dat verzoeker vraagt de verwerende partij verbod op te leggen om de facto een toestand te creëren die in wezen de bevoegdheden van het afdelingshoofd rechtstreeks of onrechtstreeks toebedeelt aan (een ander dan verzoeker) en dit onder verbeurte van een dwangsom (...) - en de hieraan gekoppelde vordering tot het opleggen van een dwangsom, moeten worden verworpen. Het is enkel de aan de vordering tot het opleggen van de voorlopige maatregel verbonden dwangsom die verworpen wordt, het schorsingsarrest legt wel een dwangsom op van 10.000 frank per dag van

Echter ingeval de overheid in de juridische onmogelijkheid is om de bestreden beslissing ooit opnieuw te nemen, kan het verbod worden opgelegd om ze na het schorsingsarrest over te doen tot op de dag van de betekening van de uitspraak over het annulatieberoep (<sup>1275</sup>).

350. Een verzoekende partij kan de Raad van State vragen te bevelen de bevorderingsprocedure voort te zetten binnen een bepaalde termijn na de betekening van het arrest (<sup>1276</sup>), of te bevelen dat het bestuur een nieuwe beslissing zou nemen. Wat dat laatste betreft,

° moet bijvoorbeeld, bij toepassing van het arrest VANDENBROECK (<sup>1277</sup>) de inrichtende macht zich opnieuw uitspreken over de vraag of de klassenraad opnieuw moet bijeenkomen,

---

niet-uitvoering van het arrest, te rekenen vanaf de dag van de betekening ervan tot op de dag van de betekening van het arrest dat uitspraak doet over de grond van de zaak.

<sup>1275</sup> R.v.St. nr. 65.063, LITVINE, KIRKPATRICK, NEUMANN, SCHWARTS, DE GEMEENTE LINKEBEEK, 10 maart 1997, *T. Gem.* 1997, 369, noot R. VEKEMAN ; *T.B.P.* 1998, 46 ; *A.P.(T)* 1997, 189, noot F. TULKENS ; *T.R.O.S.* 1998, 440, noot B. ROELANDTS. In verband met dezelfde zaak werden reeds eerder drie vergunningen verleend die telkens werden geschorst. In de bij de zaak LITVINE e.a. bestreden beslissing wordt het middel ontleend aan de niet-toelaatbaarheid van de constructie waarvoor een vergunning werd verleend, ernstig bevonden. De Raad van State overweegt dat het middel, indien het ook gegrond wordt bevonden, aan de gemachtigde ambtenaar elke appreciatiebevoegdheid onttrekt om opnieuw de aanvraag in te willigen ; er is derhalve geen juridisch bezwaar om verbod op te leggen om een nieuwe vergunning te verlenen. De schorsing wordt bevolen bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij de bouwvergunning wordt verleend onder verbeurte van een dwangsom van 1.000.000 fr. per dag dat, door welke bouwactiviteit ook, de werken op directe of indirecte wijze worden voortgezet en het verbod wordt opgelegd om een vergunning te verlenen tot op de dag dat van het arrest over het annulatieberoep kennis is gegeven, onder verbeurte van een dwangsom van 100.000.000 fr. per overtreding van dit verbod.

<sup>1276</sup> R.v.St. nr. 46.159, L'ETAT BELGE, 21 februari 1994.

<sup>1277</sup> R.v.St. nr. 62.730, VANDENBROECK, 25 oktober 1996 : "Overwegende dat als voorlopige maatregel de Raad dus alleen kan treffen een bevel aan de inrichtende macht om een nieuw overwogen beslissing te nemen over het al dan niet doen bijeenkomen van de delibererende klassenraad" ; het artikel 2 dat dit bevel inhoudt luidt bovendien "hierbij zal ze met name acht slaan op de haar bekende bezwaren van de ouders (...) met betrekking tot het verloop van het examen Engels en op de vraag of die bezwaren aan de delibererende klassenraad kenbaar werden gemaakt".



waarbij ze met name moet acht slaan op de bezwaren van de ouders <sup>(1278)</sup>;

° wordt in het arrest SCHEIRE de verzoekster, in afwachting van de uitspraak ten gronde, gemachtigd om als regelmatige leerlinge ingeschreven te zijn <sup>(1279)</sup> en als dusdanig aan de examens deel te nemen <sup>(1280)</sup> ;

° beveelt de Raad van State in het arrest VANYSACKER <sup>(1281)</sup> dat verzoeker de kans zou krijgen bijkomende proeven af te leggen en specificeert hij de periode binnen welke hem die kans moet worden geboden <sup>(1282)</sup> ;

---

<sup>1278</sup> In het arrest VERVAEREN en VERVAEREN, waarbij de beslissing om een C-attest uit te reiken wordt geschorst, vordert verzoeker als voorlopige maatregel ook *"de toetsing van de twee mappen op tegensprekbaarheid door de leerling en in aanwezigheid van een onafhankelijke deskundige als evenwaardige medebeoordeler"* ; de Raad van State gaat daar niet op in, oordelend dat de gevorderde toetsing deel zal moeten uitmaken van een nieuwe beoordeling (...) in het licht van de ernstig bevonden middelen en dat zulks dus niet apart moet worden opgelegd. De Raad stelt dat, zeker vooralsnog, hij de verwerende partij niet kan verplichten de aanwezigheid van een haar vreemde "medebeoordeler" te aanvaarden zodat er geen redenen zijn om de tweede gevorderde maatregel geheel of gedeeltelijk te bevelen (R.v.St. nr. 58.431, VERVAEREN en VERVAEREN, 28 februari 1996).

<sup>1279</sup> Zelfs een schorsing alleen zonder het bevel tot een voorlopige maatregel kan de wederinschrijving tot gevolg hebben : de Raad van State schorst in het arrest OSTROWSKI nr. 51.671, van 17 februari 1995 de beslissing waarbij de klasseraad van het vijfde jaar muziek van het K.A. Jean d'Avesnes te Bergen weigert verzoekende partij naar de hogere klas te laten overgaan ; tengevolge daarvan heeft de klasseraad haar tot het zesde jaar toegelaten. Indien verzoekende partijen nalaten hun vraag tot het bevelen van voorlopige maatregelen bij een afzonderlijk verzoekschrift te vorderen (artikel 25 van het procedurereglement kort geding), kan de Raad van State slechts een aanwijzing geven om ten spoedigste opnieuw te delibereren en daarbij rekening te houden met hetgeen in het schorsingsarrest is vastgesteld in verband met de plicht tot deugdelijke motivering. Opnieuw een bevestiging van het belang van de aanwijzingen door de Raad gegeven. Zoals in het arrest SCHEIRE wordt in het arrest nr. 44.356 aan de verwerende partij bevolen, de betrokken studenten de toelating te verlenen om zich in het eerste jaar van een cursus voor het hoger onderwijs in te schrijven (R.v.St. nr. 44.356, PIERMAN en VAN BENEDEN, 5 oktober 1993 ; R.v.St. nr. 44.834, PIERMAN en VAN BENEDEN, 5 november 1993).

<sup>1280</sup> R.v.St. nr. 39.044, SCHEIRE, 24 maart 1992. Dit arrest beveelt de schorsing van de beslissing van de klassenraad in zoverre een A-attest wordt geweigerd, de latere beslissing van de lokale schoolraad tot handhaving van die beslissing en de beslissing van de centrale raad van de ARGO waarbij de eerstgenoemde beslissing wordt bijgevalen.

<sup>1281</sup> R.v.St. nr. 51.005, VANYSACKER, 28 december 1994.

<sup>1282</sup> *"Bevolen wordt dat Davey VANYSACKER tussen 15 en 31 januari 1995 de kans moet krijgen om bijkomende proeven af te leggen over de vakken waarvoor hij een onvoldoende kreeg ; legt hij deze proeven af, dan moet de delibererende klasseraad uiterlijk in de eerste week van februari 1995 opnieuw beslissen over het hem uit te reiken attest"*. De Raad van State

° beveelt de Raad van State in het arrest DERUDDER <sup>(1283)</sup> om verzoeker onmiddellijk na de kennisgeving van het arrest in te schrijven als regelmatig student in het departement sociaal-agogisch werk, derde jaar sociaal werk en om laatstens op zestien januari 2001 tot zijn deliberatie te doen overgaan ;

° beveelt de Raad van State in het arrest ROELANDT <sup>(1284)</sup> dat de delibererende klassenraad "onverwijld en uiterlijk op woensdag 9 oktober 2002 (het arrest is op 3 oktober 2002 uitgesproken en is onmiddellijk uitvoerbaar) samenkomt om zijn beslissing te heroverwegen, in aanmerking nemend de in huidig arrest ernstig bevonden bezwaren van Ida Roelandt, en het resultaat van deze beraadslaging aan verzoekster te betekenen bij aangetekend schrijven uiterlijk daags nadien" <sup>(1285)</sup>.

---

preciseert in het arrest DE GRANDE nr. 77.445, van 8 december 1998 dat in het arrest VANYSACKER "hij niet heeft vastgesteld dat de betrokken leerling ten onrechte de overgang naar het volgend schooljaar is geweigerd, maar wel dat hem zonder deugdelijke reden bijkomende proeven zijn ontzegd en het organiseren van die proeven heeft bevolen, dat in het dictum van het arrest uitdrukkelijk is bepaald dat nadat de leerling de bijkomende proeven heeft afgelegd "de delibererende klasseraad (...) opnieuw (moet) beslissen over het hem uit te reiken attest" en dat de Raad van State daarmee uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid van de klassenraad heeft bevestigd."

<sup>1283</sup> R.v.st. nr. 92.026, DERUDDER, 9 januari 2001.

<sup>1284</sup> R.v.st. nr. 110.936, ROELANDT, 3 oktober 2002.

<sup>1285</sup> De Raad van State motiveert dit als volgt : "Overwegende dat de voorlopige maatregelen die verzoekster vraagt aan de verwerende partij op te leggen niet verder moeten strekken dan nodig om haar belangen veilig te stellen ; dat waar verzoekster allereerst belang bij heeft, een nieuwe beraadslaging is van de delibererende klassenraad met het oog op een vaststaande uitslag, waaruit daarenboven mag blijken dat rekening is gehouden met haar ernstig bevonden bezwaren ; dat verzoekster op dit ogenblik de lessen volgt van het vijfde jaar STW, technisch onderwijs ; dat het nadeel waarop zij zich beroept om reeds de lessen te mogen volgen in het zesde jaar ASO menswetenschappen zich tegen haar zal keren indien de delibererende klassenraad alsnog een B-attest of een C-attest zou uitreiken ; dat zij dan immers evenzeer in 5STW lessen gemist zal hebben ; dat de Raad oordeelt dat haar belangen in de huidige stand van de procedure voldoende veilig gesteld worden door het bevelen van een voorlopige maatregel die tot een spoedige beraadslaging van de klassenraad leidt zodat zij niet "verscheidene weken of maanden" in het ongewisse moet blijven ; dat te dezen niets zich er tegen verzet om dit bevel rechtstreeks tot de delibererende klassenraad te richten ; dat de klassenraad wel ook de tijd en gelegenheid moet worden gegeven, in het belang van de beide partijen, om de door verzoekster geopperde bezwaren te kunnen onderzoeken ; dat achtenveertig uur daarvoor wat kort lijkt te zijn ;".

Er wordt slechts schaars gebruik gemaakt van het opleggen van voorlopige maatregelen inzake het benoemingscontentieux ; geredelijker worden ze opgelegd in het domein van de ruimtelijke ordening <sup>(1286)</sup> <sup>(1287)</sup> of, mèèr, in het vreemdelingencontentieux <sup>(1288)</sup>.

351. Bij een negatieve beslissing zoals een weigering, brengt een schorsing gekoppeld aan voorlopige maatregelen voor de overheid niet de verplichting mee om de ermee overeenstemmende positieve beslissing te nemen ten voordele van

---

<sup>1286</sup> Zo bijvoorbeeld kan de verzoekende partij vragen te bevelen dat de werken worden stilgelegd : in het arrest DUPUIS (R.v.St. nr. 105.504, DUPUIS, 15 april 2002) wordt naast de schorsing van de bouwvergunning het verbod opgelegd aan de tussenkomenende partij om zelf of door middel van een ander de werken te vervolgen of om op het even welke wijze uitvoering te geven aan de bouwvergunning. Aan de stedelijke overheid wordt het bevel opgelegd erover te waken dat het arrest wordt gerespecteerd op straffe van het opgelegd worden van een dwangsom van 2.500 Euro per dag vanaf de notificatie van het arrest, notificatie die overigens per fax gebeurt. In dezelfde zin, zie R.v.St. nr. 69.936, L'ASSOCIATION SANS BUT LUCRATIF S.O.S. MEMOIRE DE LIEGE en L'ASSOCIATION SANS BUT LUCRATIF LE VIEUX LIEGE van 2 december 1997 ; de dwangsom bedraagt in die zaak 20 miljoen frank per overtreding.

<sup>1287</sup> In het arrest SALESSE en BONMASSAR wordt aan de verwerende partij het bevel opgelegd het verkeer te verbieden op de weg die het voorwerp uitmaakt van de geschorste vergunning vanaf een bepaalde datum ; per dag vertraging bij de uitvoering van het arrest is een dwangsom van een miljoen Fr. per dag verschuldigd (R.v.St. nr. 93.341, SALESSE en BONMASSAR, 16 februari 2001, noot J.F. NEURAY, "Une nouvelle étape dans l'affaire de la RN 25... et dans l'évolution du référé administratif ? », J.L.M.B., 2001, 1052-1053). Het arrest DESMEDT beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van een stedenbouwkundige vergunning en legt aan de verwerende partij een dwangsom op van vijf miljoen frank per dag dat het arrest niet wordt uitgevoerd, te rekenen vanaf de veertiende dag na de betekening van het arrest, op de grond dat de raadsman van verzoeker via de Procureur des Konings die op vraag van de stedenbouwkundige inspecteur was opgetreden, uitvoering had gevorderd van het arrest nr. 93.109 van 7 februari 2001 waarbij de eerder verleende bouwvergunning was geschorst geworden. Na de schorsing had het college die bouwvergunning ingetrokken en ze opnieuw verleend (R.v.St. nr. 94.344, DESMEDT, 27 maart 2001).

<sup>1288</sup> In het arrest nr. 85.933, MOUGHNIE, 14 maart 2000 : de Raad van State overweegt dat de verwerende partij bij haar beslissingen de rechtspraak van de Raad van State negeert, beveelt dat de gemeentelijke administratie ertoe zou verplicht worden een document af te leveren aan verzoeker en legt een dwangsom op van 1000 fr. per dag, te verbeuren vanaf de achtste dag na de notificatie van het arrest (zie ook het arrest nr. 88.637, KAKUKILA en SUAMINU van 4 juli 2000 ; de dwangsom bedraagt 10.000 fr). In het arrest nr. 86.808, MAZONGA IBUNDA en NANA KINKELA MATONDO BUNDU van 18 april 2000 wordt de "injunctie" gegeven aan de overheid om een nieuwe beslissing te nemen over de aanvraag van de verzoekende partijen binnen de acht dagen na de betekening van het arrest terwijl een dwangsom van 5.000 fr. per dag vertraging bij de uitvoering van het arrest zal verbeurd worden.

de verzoekende partij. De overheid kan bijvoorbeeld nog een motief aandragen waarom zij op die welbepaalde wijze de beslissing heeft genomen die is geschorst <sup>(1289)</sup> ; in het arrest SCHEIRE bijvoorbeeld stelt de Raad van State dat hij de instelling niet ertoe kan verplichten verzoekster in te schrijven omdat de instelling andere redenen om de toelating te weigeren kan hebben dan die vastgesteld in het geding. Wel is het zo, aldus de Raad van State, dat ingevolge de toewijzing van de vordering, de instelling in het feit dat aan verzoekster bij de bestreden beslissingen een A-attest is geweigerd, geen reden kan zien om haar de inschrijving en de toelating te weigeren <sup>(1290)</sup>.

Een enkele keer oordeelt de Raad van State daar anders over, anders in die zin dat bij discretionaire bevoegdheid als voorlopige maatregel wel een verplichting tot het nemen van een bepaalde beslissing wordt opgelegd. In het arrest JASSOGNE wordt besloten dat het de verwerende partij verboden is een nieuwe weigeringsbeslissing <sup>(1291)</sup> te nemen en wordt het bevel gegeven de afwezigheid van verzoekende partij gedurende de aangevraagde verlofperiode te beschouwen als een regelmatig jaarlijks verlof <sup>(1292)</sup>. In deze zaak wordt aan de verwerende partij eigenlijk slechts één kans gegeven om zich te verantwoorden ; de rechter bevindt het motief van de initiële beslissing niet wettig, gaat er blijkbaar van uit dat er geen andere motieven kunnen zijn en dat er derhalve geen andere dan een positieve beslissing kan worden genomen. Ingeval ondertussen andere motieven hadden kunnen worden aangevoerd door een wijziging in de dienstbehoeften, had de Raad van State hier de oplossing STERCKX kunnen hanteren en de overheid kunnen opleggen haar beslissing te heroverwegen zonder nog rekening te houden met de eerst aangevoerde, onwettig bevonden motieven.

---

<sup>1289</sup> R.v.St. nr. 66.428, B.V.B.A. DE BACKER, 28 mei 1997.

<sup>1290</sup> R.v.St. nr. 39.044, SCHEIRE, 24 maart 1992.

<sup>1291</sup> De weigering om verzoekende partij verlof toe te staan. Het verbod slaat op de weigering verlof te verlenen voor dezelfde periode als die die beslist was bij de geschorste beslissing.

<sup>1292</sup> R.v.St. nr. 44.141, JASSOGNE, 20 september 1993.

352. De bevolen maatregelen kunnen bij verwerping van het beroep ten gronde worden ingetrokken door de Raad van State.

In het arrest consortium MOTOROLA, SAIT SYSTEMS en FARICOM (<sup>1293</sup>) heeft de Raad van State de beslissing geschorst om verzoekende partij niet te laten deelnemen aan een toewijzingsprocedure en daarbij een bevel gegeven dat gedetailleerd was geformuleerd. Tenzij de overheid besloot de procedure stop te zetten in afwachting van een uitspraak ten gronde, werd haar bevolen de verzoekende partij uit te nodigen om deel te nemen aan de verdere fasen van de toewijzingsprocedure, eventuele contacten met en vragen van de verzoekende partijen op dezelfde wijze te behandelen als waarop deze behandeld waren in de periode gelegen tussen de bestreden beslissing en de bevolen uitnodiging van de verzoekende partijen alsmede aan de verzoekende partijen een bijkomend uitstel te geven gelijk aan de termijn waarover de andere geselecteerde inschrijvers hadden beschikt, te rekenen vanaf de kennisneming door die inschrijvers van de beslissing hen op te nemen in de "short-list".

353. Getransponeerd op benoemingsprocedures verschaft een dergelijke rechtspraak perspectieven voor bijvoorbeeld verzoekers als DE BOE. De directieraad had bij het onderzoek van zijn kandidatuur gewezen op de anomalie die uit het statuut voortspoot en waardoor zijn uitdovende graad geen toegang verschaft tot de vacante betrekking. Dit adviserend orgaan had de overheid verzocht eerst het statuut aan te passen om DE BOE toe te laten op voet van gelijkheid met de anderen te kandideren, wat niet is gebeurd. Indien verzoeker DE BOE de schorsing had gevorderd van de beslissing om hem niet te laten mededingen naar de betrekking door het niet aanvaarden van zijn kandidatuur, had de Raad van State zoals in het arrest MOTOROLA

---

<sup>1293</sup> R.v.St. nr. 46.858, consortium MOTOROLA, SAIT SYSTEMS en FARICOM, 8 april 1994. Het arrest nr. 50.294, MOTOROLA-SAINT-FABRICOM, SAIT SYSTEMS en FABRICOM van 22 november 1994 vernietigt de beslissing om het consortium (...) niet op te nemen op de lijst van de firma's of consortiums om deel te nemen aan de volgende fasen van de toewijzingsprocedure voor de overheidsopdracht (...).

e.a. ertoe kunnen besluiten dat verzoeker DE BOE dezelfde behandeling moest krijgen als zijn medegegadigden, iets wat de Raad trouwens in het arrest ten gronde heeft overwogen.

354. Ten aanzien van verzoeker SEVERAIN heeft het procédé van de schorsing, gekoppeld aan bevolen maatregelen uiteindelijk zijn benoeming opgeleverd. De gegevens van deze zaak kunnen als volgt worden samengevat : een betrekking is vrij vanaf 1991 en verzoeker is de enige kandidaat. De directieraad draagt hem voor benoeming voor, maar in plaats van hem vanaf 1 januari 1991 te benoemen in de vacante betrekking, doet de overheid een nieuwe oproep tot de kandidaten. Het motief daarvoor is dat ondertussen het statuut is gewijzigd en nu voor een benoeming tot de rang 16 er slechts één jaar anciënniteit vereist is in plaats van drie jaar. Drie kandidaten waaronder SEVERAIN melden zich aan ; bij koninklijk besluit van 4 juli 1991 wordt iemand belast met de hogere functie. Twee jaar later vernietigt de Raad van State dit koninklijk besluit omdat er geen taalkader was vastgesteld (<sup>1294</sup>). Op 3 september 1993 stelt SEVERAIN de minister in gebreke en vraagt hij om de in 1991 ingezette bevorderingsprocedure te voltooien en om de hogere functie van twee anderen in een betrekking waarin hij kon worden benoemd, te beëindigen :

*„ (...) Omdat de onwettigheid van deze aanduidingen boven elke twijfel verheven is, vraagt het respect voor het recht u de aanwijzingen stop te zetten ”.*

De minister antwoordt onder meer dat tegen de toewijzing van de hogere functies aan twee bepaalde concurrenten, met name ADAM en STRUYE DE SWIELAND, geen annulatieberoep is ingediend en de termijn om dit te doen verstreken is.

De Raad van State schorst vervolgens :

- de beslissing om de gepeerde betrekking niet vacant te verklaren ;

---

<sup>1294</sup> R.v.St. nr. 43.711, SEVERAIN, 5 juli 1993.

- de weigeringsbeslissing om de affectaties van ADAM en STRUYE de SWIELANDE te beëindigen en die betrekkingen te begeven met het oog op vaste benoeming (<sup>1295</sup>).

Bij dit arrest wordt bevolen de benoemingsprocedure die in 1990-1991 was ingezet voort te zetten en in de betrekking te voorzien bij wege van benoeming binnen de dertig dagen na de betekening van het arrest. Hetzelfde wordt bevolen ten aanzien van de twee andere betrekkingen van directeur-generaal : ze moeten vacant worden verklaard en er moet in worden benoemd binnen de negentig dagen na de betekening van het arrest.

Daarop wordt een ander dan verzoeker benoemd, beslissing die door de Raad van State wordt geschorst (<sup>1296</sup>). De eerder bevolen voorlopige maatregelen worden door de Raad van State verscherpt (<sup>1297</sup>) en bij arrest van 15 februari 1994 wordt bevolen om ten laatste op 18 februari 1994 - drie dagen later - in de sinds 1990-1991 vacante betrekking te voorzien, onder verbeurte van het betalen van een dwangsom van 1.000.000 frank per dag vertraging tot op de dag van de uitspraak ten gronde ; dezelfde dwangsom wordt opgelegd per dag vertraging na 5 maart 1994 wat de twee andere vacante betrekkingen van directeur-generaal betreft. Op 18 februari 1994 wordt verzoeker dan benoemd, amper iets meer dan een maand voor zijn oppensioenstelling.

---

<sup>1295</sup> R.v.St. nr. 45.634, SEVERAIN, 4 januari 1994, verbeterd bij arrest nr. 45.676, SEVERAIN, 14 januari 1994. Wanneer de middelen die ernstig worden bevonden en de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest vergt dat bij een bevordering slechts rekening wordt gehouden met één categorie ambtenaren, moet een verzoek om voorlopige maatregelen met het oog op die bevordering worden ingewilligd.

<sup>1296</sup> R.v.St. nr. 46.106, SEVERAIN, 15 februari 1994, bevestigd bij arrest nr. 46.625, SEVERAIN, 23 maart 1994.

<sup>1297</sup> R.v.St. nr. 46.107, SEVERAIN, 15 februari 1994, bevestigd bij arrest nr. 56.626, SEVERAIN, 23 maart 1994. De bestreden beslissing werd ingetrokken zoals bevolen maar deze intrekking werd opgelegd als een voorlopige maatregel zodat het gezag van gewijsde van het arrest nr. 46.107 zich er niet tegen verzet dat de intrekkingbeslissing nog op haar wettigheid wordt getoetst nu zij nooit het voorwerp van een verzoek tot nietigverklaring heeft uitgemaakt.

Op het betoog van verzoeker dat hij met terugwerkende kracht tot 1 januari 1991 had moeten zijn benoemd, antwoordt de Raad van State zonder meer dat „*de bevoegdheid van de benoemingsgerechtigde overheid geen bevoegdheid is die op een bepaald tijdstip behoorde te worden uitgeoefend*“<sup>(1298)</sup>. Zoals eerder aangetoond, lijkt die rechtspraak te strijden met de gedachte o.m. in het meervermelde arrest SEGERS verwoord, met name dat door het inzetten van de benoemingsprocedure en door te benoemen de noodzaak om te benoemen op een welbepaalde datum, vastligt voor wie op onwettige wijze is geweerd, doch er mag niet uit het oog worden verloren dat het in het arrest SEGERS om gebonden bevoegdheid gaat <sup>(1299)</sup>.

355. De zaak DEMIRI en XHELILI <sup>(1300)</sup> kan eveneens als voorbeeld gelden van een geval waarin de Raad van State zich bedient van de combinatie van een schorsing, een dwangsom en een bevel <sup>(1301)</sup>. Verzoekers vorderen o.m. de schorsing van de beslissing hen niet in te schrijven als kandidaten-politieke vluchteling. Het arrest haalt vooreerst twee bepalingen aan die het stadsbestuur de verplichting opleggen een vreemdeling in te schrijven in het vreemdelingenregister en hem een attest van immatriculatie af te leveren. De vordering tot het opleggen van een dwangsom met betrekking tot de eerste bestreden beslissing - de algemene beslissing om geen politieke vluchtelingen in te schrijven tot het streefcijfer terug bereikt is - wordt gegrond bevonden. De tweede beslissing - dat het gezin als kandidaten-politieke vluchteling niet in het vreemdelingenregister kan worden ingeschreven - is een weigeringsbeslissing en daarbij stelt de Raad van State dat de schorsing van dat soort

---

<sup>1298</sup> R.v.St. nr. 58.650, SEVERAIN, 15 maart 1996.

<sup>1299</sup> Ph. BOUVIER schrijft in zijn commentaar op de zaak SEVERAIN : *"Ferand SEVERAIN is uiteindelijk benoemd in de betrekking die hij ambieerde. Magere troost : tot op nu werkt zijn benoeming niet terug en weldra luidt het uur van zijn pensioen."* (Ph. BOUVIER, "De zaak SEVERAIN" in Rec. Arr. R.v.St., 1994, 61-67 (62)).

<sup>1300</sup> R.v.St. nr. 39.094, DEMIRI en XHELILI, 30 maart 1992, geciteerd door E. LANCKSWEERDT, *Het administratief kort geding*, o.c., 213.

<sup>1301</sup> Al heeft het geen betrekking op benoemingen, het behandelt verscheidene rechtsproblemen.



beslissing niet afdwingbaar is. Aan de ermee gepaard gaande vraag tot het opleggen van een dwangsom, wordt geen gevolg gegeven.

Wat de gevorderde voorlopige maatregelen betreft, werpt de verwerende partij op dat die alleszins betrekking hebben op de beslissing omtrent een subjectief recht zodat de Raad van State onbevoegd is. De Raad van State antwoordt dat hij bevoegd is om alle "nodige" maatregelen te bevelen om de belangen van de partijen veilig te stellen "met uitzondering van de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten" (<sup>1302</sup>). De Raad vervolgt met te stellen dat de gevorderde maatregel geen uitwerking heeft op de burgerlijke rechten van verzoekers : het werkelijke voorwerp van de gevorderde maatregel is dat het stadsbestuur, dat een gebonden bevoegdheid heeft, na een beslissing te hebben genomen houdende de inschrijving van verzoekers in het vreemdelingenregister, opdracht zou geven om aan verzoekers een immatriculatieattest af te geven. Verzoekers hebben weliswaar recht op de afgifte van dat attest, maar de gevorderde maatregel strekt er volgens de Raad niet toe dat hij dat recht zou toekennen, wel dat hij zou bevelen dat de overheidsbeslissing wordt genomen waarop verzoekers op grond van dat recht aanspraak hebben. De Raad besluit de vordering toe te wijzen.

De Raad van State kan de niet-naleving van een schorsing afdwingbaar maken door het opleggen van een dwangsom. Bijgevolg, in het geval dat de naleving van de bevolen schorsing zelf niet kan worden gewaarborgd door het opleggen van een dwangsom, maar slechts door het bevelen van voorlopige maatregelen, kunnen die maatregelen worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom.

De Raad van State beveelt de schorsing van de beslissing om geen politieke vluchtelingen meer in te schrijven onder

---

<sup>1302</sup> In het arrest nr. 86.146, TOCH, 21 maart 2000 oordeelt de Raad van State dat het tegenstrijdig is voor te houden dat de voorlopige maatregel tot toekenning van een verlof (...) betrekking zou hebben op een burgerlijk recht, terwijl aangaande de betwisting van de uiterst dringende noodzakelijkheid de tegenpartij voorhoudt dat de beslissing tot toekenning van een verlof (...) een gunst zou uitmaken die is toegekend volgens een discretionaire bevoegdheid.

verbeurte van een dwangsom van 2.000 frank per dag vertraging bij het melden aan de betrokken dienst dat het in de beslissing vervatte verbod niet meer geldt. Bovendien wordt de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging van de weigering tot inschrijving in het vreemdelingenregister en wordt tevens de gelijktijdige afgifte van een attest van immatriculatie bevolen binnen 48 uren na de betekening van het arrest onder verbeurte van een dwangsom van 2.000 frank per dag vertraging (<sup>1303</sup>).

356. Zoals gezien kan de rechter een termijn opleggen waarbinnen de overheid zich moet beraden over de uitvoering van het arrest (<sup>1304</sup>). Dat geschiedde ook in de zaak DEPAIFVE (<sup>1305</sup>) waarin de Raad van State het bevel heeft opgelegd de beslissing in te trekken waarbij verzoekster niet geslaagd werd verklaard als stagiair ; deze intrekking moest gebeuren binnen de acht dagen na de betekening van het arrest, zoniet was een dwangsom van 100.000 fr. per dag vertraging verschuldigd.

357. Wat de al dan niet gelijktijdige behandeling door de Raad van State van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging en van de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen aangaat, werd deze laatste vordering in de zaak VAN DER MIJNSBRUGGE (<sup>1306</sup>) eerst beslecht. De vordering tot schorsing wordt vastgesteld op de terechtzitting van 27 mei en er wordt twee dagen voordien, met name op 25 mei, over de voorlopige maatregelen geoordeeld. Op de zitting van 25 mei

---

<sup>1303</sup> In de zaak DEMIRI en XHELILI daaropvolgend wordt door de Raad van State vastgesteld dat het bevel tot afgifte van een attest werd uitgevoerd. De Raad leidt daaruit af dat verzoekende partijen in dat geval niet doen blijken van het vereiste actueel persoonlijk belang om de vernietiging van de handelingen te verkrijgen, ook niet op grond van het voordeel dat het vaststellen van de onwettigheid van de bestreden beslissingen hen kan bieden met het oog op het instellen van een vordering tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter (R.v.St. nr. 40.569, DEMIRI en XHELLILI, 1 oktober 1992).

<sup>1304</sup> In onderwijsaangelegenheden doet de Raad van State dit om het schoolbestuur ertoe aan te zetten met spoed een beslissing te nemen om geen schooljaar te verliezen, zie bijvoorbeeld R.v.St. nr. 51.005, VANYSACKER van 28 december 1994.

<sup>1305</sup> R.v.St. nr. 56.758, DEPAIFVE, 8 december 1995.

<sup>1306</sup> R.v.St. nr. 43.074, VAN DER MIJNSBRUGGE, 25 mei 1993.

worden de middelen en het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, aangebracht in de schorsingsvordering, onderzocht. De Raad van State oordeelt dat nu op zicht daarvan niet blijkt dat de schorsingsvordering kennelijk niet ontvankelijk of kennelijk niet gegrond zou zijn en de verwerende partij evenmin gegevens naar voor brengt die tot deze conclusie zouden moeten leiden, hij zich overeenkomstig artikel 18, eerste lid, bij voorbaat uitspreekt over de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen (<sup>1307</sup>). In het arrest nr. 84.582 (<sup>1308</sup>) evenwel wordt geoordeeld dat het verzoek om voorlopige maatregelen een bijkomstigheid is van de vordering tot schorsing en dat de goede orde van de rechtspleging vereist dat voorafgaandelijk of tegelijk wordt beslist over de vordering tot schorsing, op gevaar af dat een dubbele graad van onderzoek van de aanvraag tot opschorting zou worden aanhangig gemaakt, dubbele graad die slechts door de wet voorzien is voor het bijzondere geval van een voorlopige opschorting die nog moet worden bevestigd indien de partijen, of sommigen onder hen, niet werden gehoord.

***AFDELING 5 : Men kan zich beroepen op het gezag van gewijsde bij onwil om het arrest uit te voeren bij discretionaire bevoegdheid***

358. Wanneer de overheid de benoemingsprocedure herneemt waar ze ontspoord was en het onderzoek van de titels en verdiensten opnieuw op ondeugdelijke wijze verricht, kan de nieuwe benoeming worden bestreden maar ditmaal met het oog op een groter rechtsherstel op grond van de schending van het gezag van gewijsde (<sup>1309</sup>). Heeft een verzoeker zijn geding voor de Raad van State gewonnen omdat zijn aanspraken niet

---

<sup>1307</sup> Tussenkomen de partij was drie dagen voor de zitting om 7 H 's morgens ongestoord met de werkzaamheden (prefab-systeem) verder gegaan ondanks de verwitting dat de terechtzitting zou plaatsvinden.

<sup>1308</sup> R.v.St. nr. 84.582, JANNE D'OTHEE, 10 januari 2000. Ook R.v.St. nr. 92.536, DESSARD, 23 januari 2001.

<sup>1309</sup> Voor een omschrijving van het gezag van gewijsde, zie randnrs. 76-78.

deugdelijk waren vergeleken of, beter nog, omdat hij over grotere aanspraken beschikt, dan dienen zich o.i. twee mogelijkheden aan, te weten het eventueel aanvechten van de nieuwe vacantverklaring of het aanvechten van de nieuwe benoeming onder aanvoering van de schending van het gezag van gewijsde :

1. De nieuwe vacantverklaring kan eventueel aangevochten worden. Dat is zoals gezien gebeurd in de zaken DE MEUTER en DE MUYNCK wat nog niet betekent dat daarmee de verzoekende partij kan worden benoemd, wel dat de overheid haar vacature bij ernstig of gegrond bevinden van het middel, geschorst of vernietigd ziet. De overheid kan daarentegen bij elke nieuwe procedure halsstarriger worden. Voor het kiezen van een nieuwe vacantverklaring na een uitspraak van de Raad van State moet, wat nuttig is nogmaals te benadrukken, een motief worden opgegeven (<sup>1310</sup>) :

*"Wanneer, na een arrest dat de verzoekende partij gelijk geeft omdat met haar grotere aanspraken op de benoeming geen rekening was gehouden geworden in die zin dat geen enkele verklaring was gegeven waarom aan die grotere aanspraken werd voorbijgegaan, de overheid in plaats van in het licht van dat arrest de vergelijking der toenmalige aanspraken van de verzoekende en de tussenkomen de partij deugdelijk over te doen en aan de hand van die nieuwe vergelijking tot een nieuwe benoeming over te gaan, de procedure totaal herneemt zonder dat daar maar één woord uitleg voor wordt verstrekt, is ten opzichte van de verzoekende partij de nieuwe vacantverklaring onwettig".*

Indien door de Raad van State in het dictum zou kunnen worden besloten dat die aanspraken moeten worden vergeleken, verkrijgt de verzoekende partij een handelingsplicht bij de overheid.

Te herhalen valt dat de Raad van State in de zaak DE MEUTER de vacantverklaring de tweede maal niet meer heeft geschorst omdat de motieven voor die nieuwe vacantverklaring hem deugdelijk leken. Tevens lijkt de Raad van State nog teveel in rekening te brengen dat de onwettigheid van een

---

<sup>1310</sup> R.v.St. nr. 68.641, DE MEUTER, 7 oktober 1997.

vacantverklaring toch kan worden aangeklaagd ter gelegenheid van de benoeming. Maar dan is het al veel later en doorgaans te laat om van (efficiënt) rechtsherstel te spreken.

2. De nieuwe benoeming moet alleszins worden bestreden met als vernietigingsmiddel dat het gezag van gewijsde van het eerste vernietigingsarrest is geschonden omdat de overheid bij de beslissing tot uitvoering van het arrest de vergelijking van titels en verdiensten niet deugdelijk heeft overgedaan of omdat de overheid niet heeft gehandeld zoals het arrest had aangegeven te handelen. Welke vordering daaraan kan worden gekoppeld, wordt later onderzocht (<sup>1311</sup>). Want het koppelen van de vordering tot vernietiging van de benoeming aan de vordering tot vernietiging van de weigeringsbeslissing, wordt tot nog toe - op een enkele keer na, waarover later en op de "nieuwe rechtspraak" na (<sup>1312</sup>), slechts aanvaard bij gebonden bevoegdheid. Zo menen we toch ook, ondanks het gebruik van het woord „verdiensten" door de auteur, in het betoog van Johan LUST te onderkennen waar hij schrijft :

*"Meer zekerheid dat zijn verdiensten niet opnieuw ondergewaardeerd zullen worden, heeft de verzoeker wanneer hij op grond van de miskennis van zijn verdiensten ook de vernietiging van de impliciete weigering hem te benoemen heeft gevraagd en bekomen. De overheid zou niet, zonder het gezag van gewijsde te schenden, opnieuw mogen weigeren verzoeker te benoemen en daarbij een tweede keer aan zijn verdiensten voorbijgaan (<sup>1313</sup>).*

Dat laatste, niet het weigeren te benoemen maar specifiek „niet een tweede maal mogen voorbijgaan aan de verdiensten van

---

<sup>1311</sup> Zie het overzicht van de gesuggereerde vorderingen vanaf randnr. 395.

<sup>1312</sup> Zie hiervoor randnrs. 401 e.v. "Verdere evolutie in de rechtspraak van de Raad van State".

<sup>1313</sup> "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 125, nr. 36. J. LUST schrijft : „Is de eerste benoeming vernietigd omdat de aanspraken van de verzoeker ondergewaardeerd werden, dan zal het gezag van gewijsde van de vernietiging niet geschonden zijn wanneer de overheid, ook al negeert ze eens te meer verzoekers' aanspraken, een andere kandidaat benoemt" (O.c. 124, nr. 36, vn. 49 : „dit belet niet dat de nieuwe benoeming onwettig is").

verzoeker", heeft de Raad van State beslist - maar dan wel in een geval van discretionaire bevoegdheid - in het voormeld arrest STERCKX (<sup>1314</sup>).

359. Het gezag van gewijsde van een arrest is o.m. geschonden ingeval de motieven die bij de tweede bestreden benoeming ter verantwoording daarvan worden opgegeven, inhoudelijk helemaal niet of in een te verwaarlozen mate verschillen van die in het door het vorig arrest vernietigde besluit vermeld (<sup>1315</sup>) of ter schraging daarvan gehanteerd ; de Raad van State blijkt aldus o.m. de motiveringen van beide benoemingsbesluiten naast mekaar te leggen.

Het gezag van gewijsde is evenzeer geschonden als bepaalde rechtspunten die met het eerste arrest waren beslecht, opnieuw ter discussie worden gesteld bij het nemen van de nieuwe beslissing (<sup>1316</sup>).

Omgekeerd, indien het vernietigingsarrest de verwerende partij noopt tot een volledig heronderzoek van alle criteria, rekening houdend met verzoekers bezwaren, houdt het overgaan tot een nieuw onderzoek van één enkel criterium een schending in van het gezag van gewijsde (<sup>1317</sup>).

In de zaak VERVULLENS wordt een enkel nieuw motief rechtens voldoende bevonden waar het stelt dat, zo de overheid opnieuw beslist over het verzoek na de vernietiging van de eerste beslissing door de Raad van State op grond van het feit dat die beslissing te vaag was gemotiveerd, de overheid de eerder opgegeven motivering niet moet preciseren indien zij over een ander motief beschikt (<sup>1318</sup>). Het motief moet dan wel echt nieuw zijn. Het besluit dat hetzelfde voorwerp heeft als een

---

<sup>1314</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

<sup>1315</sup> R.v.St. nr. 77.291, COPPENS, 1 december 1998. In die zaak bestond het wezenlijk verschil tussen beide motiveringen daarin dat de tweede keer ook melding werd gemaakt van gegevens die in het voordeel van verzoeker pleitten.

<sup>1316</sup> J. BORRET, Advies ter terechtzitting van 4 mei 1982 uitgebracht voor het arrest ZOETE II nr. 22.446 van 8 juli 1982, onuitg.

<sup>1317</sup> R.v.St. nr. 85.746, STERCKX, 1 maart 2000.

<sup>1318</sup> R.v.St. nr. 58.478, VERVULLENS, 7 maart 1996.

geschorst besluit en zich beperkt tot het nemen van een andere motivering dan die van het geschorste besluit, zonder voor zover nieuw te zijn, schendt het gezag van gewijsde (<sup>1319</sup>). Waar door de Raad van State werd gevraagd het motief nader te bepalen, was in de zaak LAVENT nr. 21.192 (<sup>1320</sup>). De weigeringsbeslissing was vernietigd omdat het motief van die beslissing, wegens zijn algemeenheid en vaagheid, niet kon worden geacht die weigering voldoende te verantwoorden. Om die beslissing te handhaven was de overheid niet verplicht nieuwe motieven te vinden maar wel het weigeringsmotief te precisieren.

Maar blijkt uit de motievencontrole dat die beslissing het gezag van gewijsde niet schendt, dan kan daar wel uit blijken dat de nieuwe motieven opnieuw de deugdelijkheidstoets niet kunnen doorstaan.

#### ***AFDELING 6 : Eindelijk afdoende rechtsherstel mogelijk : het "kroonarrest" Van Poucke.***

360. Op grond van de schending van het gezag van gewijsde van een vorig annulatiearrest, is de Raad van State, zoals aangekondigd in de vorige afdeling, een enkele keer (<sup>1321</sup>) nog verder gegaan dan wat hij in alle voorgaande rechtspraak deed,

---

<sup>1319</sup> R.v.St. nr. 49.695, V.Z.W.L.e.a., 14 oktober 1994 ; zie P. POPELIER, "Behoorlijke rechtsbedeling als beginsel van zorgvuldig overheidsoptreden : overwegingen bij een terechtwijzing", *l.c.*, 876-879 ; noot W. LAMBRECHTS, *R.W.* 1994-95, 883-885.

<sup>1320</sup> R.v.St. nr. 21.192, LAVENT, 21 mei 1981.

<sup>1321</sup> Er is een even belangwekkend arrest als het arrest VAN POUCKE tot stand gekomen, dat ook bij discretionaire bevoegdheid de impliciete weigeringsbeslissing tot aanstellen vernietigt, binnen het raam van de versnelde procedure (art. 94 van het procedurereglement) (R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001, *T.B.P.* 2002, 731-732, noot J. STEVENS) en dat een mooie synthese bevat van een aantal in onder meer het arrest VAN POUCKE gehuldigde argumenten om dit te doen. Er zijn drie door dezelfde verzoekster ingeleide gedingen, aan voorafgegaan (R.v.St. nr. 93.940, AUDENAERDE, 13 maart 2001 ; nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001 ; R.v.St. nr. 97.202, AUDENAERDE, 28 juni 2001). Deze arresten worden besproken onder randnrs. 418-419.

met name de overheid opleggen niet een tweede maal voorbij te gaan aan de verdiensten van de verzoeker, met name in het arrest VAN POUCKE (<sup>1322</sup>). Daar heeft hij (prima facie) de verplichting tot benoemen vastgesteld.

Op een arrest dat ook in het dictum zou beslissen dat bij discretionaire bevoegdheid, de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen wordt geschorst of vernietigd, werd in kringen van ambtenaren en onderwijs sinds bijna twintig jaar gewacht. Immers, zelfs indien de overwegingen van het arrest stellen dat de overheid haar beslissing om een bepaalde gegadigde te benoemen niet voldoende heeft gemotiveerd terwijl de andere kandidaten of kandidaat duidelijk beter waren en de overheid dus het onderzoek moet overdoen rekening houdend met de (betere) aanspraken van de anderen, kunnen overheden, zoals de meervermelde gevallen aantonen, weigeren om hun onderzoek in dier voege over te doen.

De feiten beïnvloeden de rechtsvinding ; de rechtsfiguur van de impliciete weigeringsbeslissing, zowel bij gebonden als bij discretionaire bevoegdheid, is uit de praktijk gegroeid omdat het jarenlang streven van verzoekende partijen erop gericht was het effect van de vernietiging vanuit hun standpunt een positieve dimensie te verlenen (<sup>1323</sup>). Een loutere nietigverklaring kan wel een genoegdoening inhouden voor de ten onrechte voorbijgegangene verzoeker, feit is dat een zulkdanig resultaat voor die partij een Pyrrhusoverwinning kan zijn die de overwinnaar zoals besproken bij de verscheiden hinderpalen om voort te blijven procederen, krachteloos maakt (<sup>1324</sup>). Het

---

<sup>1322</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998 (schorsingsarrest).

<sup>1323</sup> LAMBRECHTS schrijft dat het een bijzonder nuttig processueel middel is om de uitwerking van de vernietiging in een bepaalde positieve richting te leiden (W. LAMBRECHTS, *Geschillen van bestuur, o.c.*, 1988, 171). Maar de auteur schrijft dat naar onze mening enkel in de context van gebonden bevoegdheid.

<sup>1324</sup> Voorbeelden van zulk een geval zijn de opeenvolgende gedingen DE CORDT, arresten nr. 9.284, 3 april 1962 ; nr. 11.550, 14 december 1965 ; nr. 13.975, 24 februari 1970 en nr. 17.325, 9 december 1975. Het voorlaatste arrest DE CORDT wordt door A. VANDER STICHELE ("Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemde", *l.c.*, 76) aangehaald als voorbeeld van een geval waar de verzoeker stuit op de "onwil of de inertie van de administratie", naast andere gevallen waaronder één waarbij de verzoeker gedurende vijf jaar zijn functie niet heeft kunnen



bestuur, voor de uitvoering staand van een arrest dat enkel een ten onrechte gegeven benoeming vernietigt, kan dit immers op rechtmatige wijze doen door te kiezen uit verschillende mogelijkheden (<sup>1325</sup>).

Waar bij discretionaire bevoegdheid, de administratieve rechter de verplichting niet kon opleggen om, tussen twee kandidaten, de duidelijk betere te benoemen, is zulks gebeurd in het arrest VAN POUCKE (<sup>1326</sup>). Wel is het zo dat in deze zaak de overheid de benoemingsprocedure heeft hervat op het punt waar ze fout was gelopen.

De retro-acten : verzoeker VAN POUCKE vecht de weigering aan hem te benoemen. Vooraleer de overheid een dergelijke beslissing neemt, wint ze het advies in van een selectiecommissie, die verzoeker als eerste rangschikt. De overheid benoemt echter een andere, uiteraard minder gunstig gerangschikte kandidaat. De Raad van State vernietigt dit benoemingsbesluit onder meer op grond van de overweging dat in het administratief dossier geen enkele reden aan te treffen is om af te wijken van de rangschikking ; evenmin als in het arrest DE MULDER (<sup>1327</sup>) kon de Raad van State aanvaarden dat de benoemende overheid doet alsof de rangschikking van de selectiecommissie niet bestaat (<sup>1328</sup>).

Ter uitvoering van dit arrest van juni 1996, stellend dat niet blijkt waarom van de rangschikking wordt afgeweken, neemt de overheid een identieke beslissing : de aanstelling van dezelfde persoon met ingang van dezelfde datum en derhalve met een retroactiviteit van 8 jaar. Wat de overheid te doen had

---

uitoefenen en waar drie arresten nodig waren om de "onwil van de administratie te overwinnen".

<sup>1325</sup> Zie "Rechtsherstel na een annulatiearrest van de Raad van State dat enkel de benoemingsbeslissing heeft vernietigd bij discretionaire bevoegdheid", randnrs. 301 e.v.

<sup>1326</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998 (schorsingsarrest).

<sup>1327</sup> R.v.St. nr. 28.974, DE MULDER, 8 december 1987.

<sup>1328</sup> R.v.St. nr. 60.320, VAN POUCKE, 19 juni 1996.

gestaan, was dan ook aangeven waarom - indien zij dezelfde beslissing wilde nemen - van de rangschikking van de selectiecommissie kon worden afgeweken.

Tegen de nieuwe identieke benoeming wordt door VAN POUCKE in beroep gegaan bij de Raad van State, waarbij de schorsing wordt gevorderd van de "*weigering verzoeker te benoemen in het betreffend ambt*". De verwerende partij werpt op dat die vordering niet ontvankelijk is omdat verzoeker ten gronde niet aanvoert dat de overheid de rechtsplicht heeft hem te benoemen. De administratieve rechter antwoordt hierop dat nu verzoeker aanvoert dat de bestreden beslissing genomen is met miskennis van zijn aanspraken en dat er geen motieven voorhanden zijn om zijn grotere aanspraken niet in overweging te nemen, verzoeker meteen stelt dat zijn aanspraken hadden moeten worden ingewilligd. De vordering gericht tegen de weigering te benoemen wordt als ontvankelijk beschouwd.

Verzoeker voert als rechtsmiddel onder meer aan dat de motivering van de bestreden beslissing niet voldoet aan hetgeen gesteld is door de Raad van State in zijn arrest van 19 juni 1996 ; met andere woorden voert hij de schending van het gezag van gewijsde aan. Wat de overheid ter eerbiediging van het gezag van gewijsde van het onverbrekelijk met het dictum verbonden motief van het eerste arrest te doen stond was, als ze het bij dat arrest vernietigde benoemingsbesluit wou overdoen, ditmaal wel rechtsgeldige motieven opgeven waarom ze van het advies van de selectiecommissie afweek. De Raad van State onderzoekt de in het tweede overheidsonderzoek opgegeven motieven in dat raam (<sup>1329</sup>). Nu de Raad van State tot de

---

<sup>1329</sup> Als volgt :

- verwijzen naar de inzet van de benoemde doet niets terzake en het doet er niet toe waar die inzet dan ook uit kan blijken ;
- verwijzen naar dienstanciënniteit en naar zeer ruime ervaring opgedaan door prestaties geleverd ingevolge de vernietigde beslissing kan in rechte niet ;
- dezelfde verwijzing ingevolge prestaties geleverd voor die vernietigde beslissing, dus als tijdelijke, kan niet in aanmerking genomen worden omdat de Koning die prestaties niet gewichtig genoeg heeft geacht om ze als selectie criterium te hanteren. Ze dan decisief aanwenden om af te wijken van de rangschikking van de selectiecommissie die is opgemaakt op basis van wel reglementair vastgelegde criteria kan niet omdat het geen gegevens zijn die de selectiecommissie onbekend zijn en die bovendien voldoende

bevinding komt dat de door de overheid voor de herbenoeming opgegeven motieven niet overtuigend zijn, oordeelt hij dat verzoeker ernstig staande kan houden dat bij die tweede benoeming het gezag van gewijsde van het vorig annulatiearrest geschonden is.

*Betrokken op de weigering de verzoeker te benoemen* wordt vastgesteld dat :

- de nu aangevoerde motieven om de andere gegadigde dan verzoeker te benoemen - nadat de eerdere benoeming van diezelfde persoon wegens het ontbreken van motieven was vernietigd -, ontoereikend zijn ;

- mag worden aangenomen dat een bestuur, zo de Raad van State een benoemingsbesluit onwettig heeft bevonden, bij het hernemen van de beslissing bijzondere aandacht besteedt aan de elementen van het dossier die aanleiding hebben gegeven tot de vernietiging van de eerdere beslissing ;

- rekening gehouden met dat gegeven de Raad van State er mag van uit gaan dat het nieuwe besluit niet genomen wordt zonder dat alle mogelijke gegevens die, hetzij in het voordeel van de ene, hetzij in het nadeel van de andere kandidaat pleiten, bij de beoordeling betrokken zijn. Daardoor is het niet aannemelijk dat de overheid andere dan de door haar in aanmerking genomen motieven zou kunnen bedenken om verzoeker niet te benoemen (<sup>1330</sup>).

Dit is een zeer belangrijke passus. Erin wordt immers het motief van de rechtspraak dat er altijd niet veropenbaarde motieven kunnen zijn, niet langer aangehouden. De Raad van State trekt uit die passus de conclusie dat verzoeker ernstig staande kan houden dat de overheid geen reden had om hem niet te benoemen en dat zij dus de *rechtsplicht* had om hem te benoemen.

Dit is het eerste arrest dat bij discretionaire bevoegdheid de overheid te overwegen geeft dat zij een rechtsplicht tot

---

gedepersonaliseerd kunnen worden om in een op alle kandidaten toepasselijke norm geabstraheerd te kunnen worden.

<sup>1330</sup> De Raad van State betreft zijn redenering wel op de concrete omstandigheden van de zaak, de uitdrukking „te dezen” hanterend.

handelen heeft ; bovendien wordt het bestaan van die rechtsplicht „doorgetrokken” in het dictum van het arrest, waarin niet alleen de benoemingsbeslissing wordt geschorst maar tevens de in die beslissing geïmpliceerde beslissing verzoeker de bewuste benoeming niet te geven. Na het schorsingsarrest heeft de overheid de aangevochten benoeming ingetrokken en in uitvoering ervan verzoeker met terugwerkende kracht vast benoemd zodat bij het onderzoek ten gronde werd vastgesteld dat het beroep geen voorwerp meer had ten aanzien van de benoeming en de weigering verzoeker te benoemen (<sup>1331</sup>).

## § 1. De tweede keer moet het de goede keer zijn

361. Uit het arrest VAN POUCKE lijkt een jurisprudentiële regel af te leiden die zou inhouden dat voortaan aan de overheid slechts twee mogelijkheden worden gelaten vooraleer de Raad van State poneert dat zij een welbepaalde beslissing moet nemen. Na het eerste geding en de eerste beslissing die wordt vernietigd, blijkt uit de overwegingen die het dictum ondersteunen wat de overheid te doen staat. Doet ze dat de tweede keer niet, dan houdt ze zich niet aan het gezag van gewijsde van het arrest en dan is haar beslissing onwettig op grond van dat middel van openbare orde (<sup>1332</sup>). De rechter kan het derhalve onderzoeken, ongeacht wat een verzoekende partij tegen de nieuwe beslissing inbrengt (<sup>1333</sup>).

## § 2. Vormen de motieven deel van het ambtshalve onderzoek ?

---

<sup>1331</sup> R.v.St. nr. 78.746, VAN POUCKE, 16 februari 1999.

<sup>1332</sup> Bijvoorbeeld M. LEROY, *Contentieux administratif, o.c.*, 388-389 ; zie specifiek terzake middelen van openbare orde A. WIRTGEN, *Het ambtshalve aanvoeren van middelen door de Raad van State uitspraak doende over beroepen tot nietigverklaring van administratieve rechtshandelingen*, Proefschrift, Brussel, 2003, 513 pp. (170-175 nrs. 187-189).

<sup>1333</sup> R.v.St. nr. 35.383, GOGNEAUX, 4 juli 1990 ; R.v.St. nr. 38.130, LAMBERT, 20 november 1991.

362. De motievencontrole raakt, zo wordt nog steeds algemeen aangenomen, de openbare orde niet zodat de Raad van State het gebrek aan deugdelijke motieven niet ambtshalve kan aanvoeren (<sup>1334</sup>). Een middel wordt slechts als van openbare orde beschouwd ingeval het belang ervan de belangen van de rechtzoekende overstijgt. Bij een middel van openbare orde kan het niet afhangen van de verzoeker, die enkel voor zijn eigen belangen mag opkomen, of dit middel al dan niet als annulatiegrond in aanmerking zal worden genomen.

Het onderzoek van een middel van openbare orde gebeurt dus in principe ongeacht het belang dat de verzoeker er bij heeft (<sup>1335</sup>).

363. Wordt de motievencontrole geacht niet van openbare orde te zijn (<sup>1336</sup>), dan is zij het bij het onderzoek van een tweede benoemingsbeslissing die geen rekening houdt met de motieven van een vroeger annulatiearrest, wel ; immers, dan valt ze ambtshalve onder het onderzoek van de rechter (<sup>1337</sup>). Zo

---

<sup>1334</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 34.104, DROESHOUT, 20 februari 1990 ; zie P. DE WOLF, "Het ambtshalve aanvoeren van rechtsmiddelen door de Raad van State uitspraak doende over annulatieberoepen tegen een administratieve rechtshandeling", *T.B.P.* 1986, 15-27 (22) ; J. SALMON, *Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1987, 266.

<sup>1335</sup> R.v.St. nr. 65.343, ROELANDT, 19 maart 1997.

<sup>1336</sup> R.v.St. nr. 35.925, BUYLE, 4 december 1990.

<sup>1337</sup> Er gaan stemmen op om die controle als van openbare orde te beschouwen indien het motief van de beslissing totstandkomt op grond van een vergelijking van titels en verdiensten, met name W. PAS (*Mensenrechten*, 1995, noot bij R.v.St. nr. 52.227, TELMOUDI, 15 maart 1995, 461) en G. CRAENEN, (*Mensenrechten*, 1995, 442). De schending van het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt in die rechtsleer als een middel van openbare orde beschouwd (D. MAREEN, "De motieven van de administratieve rechtshandeling", *l.c.*, 20-38). Minder vergaand is R. VEKEMAN in 1982 waar hij verwijst naar het arrest nr. 8.589, P.V.B.A. INSTITUUT DE TOEKOMST, 18 mei 1961 dat stelt dat de schending van de gelijkheid voor de wet ambtshalve moet worden ingeroepen en concludeert : „Of men dit voorschrift al dan niet als regel van openbare orde kan betitelen, hangt natuurlijk af van de wijze waarop men dit laatste begrip definieert. Mij lijkt (het), om onder het begrip openbare orde te kunnen ondergebracht worden, een veel ruimere bepaling van dit begrip te vergen, dan gebruikelijk is (...)”, *l.c.*, 312. Kritiek op de opvatting dat het gelijkheidsbeginsel van openbare orde is, vinden we terug bij J. BORRET "(...) Imperatief zeer zeker, de gelijkheids- en de vrijheidsregels. Maar van openbare orde ? Wat zijn dat toch voor geesten die de mensen gelukkig willen maken ook als ze er geen zin in hebben ? Dictators van het recht ?" (Recensie van David D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, *l.c.* 36). Zie ook A. WIRTGEN, *Het ambtshalve*

bijvoorbeeld wordt in het arrest DEWILDE (<sup>1338</sup>) vastgesteld dat de overheid, in uitvoering van een arrest dat vernietigt op grond van afwezigheid van motieven, een nieuwe onvoldoende gemotiveerde beslissing heeft genomen, bijgevolg het gezag van gewijsde van dit arrest heeft miskend en dat dit ambtshalve moet worden opgeworpen. Het arrest ZOETE indachtig, kan dit bij de tweede benoemingsbeslissing met des te meer klem worden gezegd omdat luidens dit arrest

*"onrechtmatigheid naar de motieven, ook al is die onrechtmatigheid niet onverenigbaar met een regel van openbare orde, toch van ambtswege moet worden vastgesteld als de overheid wetens en willens de wet heeft overtreden. Gewild onrechtmatig optreden van de overheid is in een rechtsstaat onverenigbaar met de openbare orde en de rechter mag daaraan niet medeplichtig worden "*(<sup>1339</sup>) .

Bij discretionaire bevoegdheid had de Raad van State, het zij herhaald, steeds aangenomen dat hij de rechtsplicht om te benoemen niet mag vaststellen omdat er altijd nog niet eerder veruitwendigde (<sup>1340</sup>) motieven kunnen zijn die de overheid had

---

*aanvoeren van middelen door de Raad van State uitspraak doende over beroepen tot nietigverklaring van administratieve rechtshandelingen, Proefschrift, o.c. 190-171, nr. 199-200.*

<sup>1338</sup> R.v.St. nr. 41.293, DEWILDE, 7 december 1992.

<sup>1339</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>1340</sup> Motieven die veruitwendigd zijn bij het nemen van de bestreden beslissing. Wat de procedurele kant van de zaak betreft, kan op achteraf opgegeven motieven geen acht worden geslagen omdat het niet bewezen is dat ze meegespeeld hebben bij de besluitvorming (R.v.St. nr. 61.448, VANQUATHEN, 9 september 1996 ; R.v.St. nr. 75.686, B.V.B.A. ONDERNEMINGEN AERTS ALGEMENE, 8 september 1998), dat ze werkelijk ten grondslag van de bestreden beslissing hebben gelegen. Die regel vindt geen toepassing bij evidente motieven (bijvoorbeeld kan geschiktheid zo in het oog springend zijn dat ze geen nader betoog behoeft, zie R.v.St. nr. 35.697, DE RIDDER, 18 oktober 1990). Zijn dergelijke evidente motieven aanwezig en komen ze voor als de enig mogelijke, dan kunnen ze uitzonderlijk toch, zonder veruitwendigd te zijn, in aanmerking worden genomen (bijvoorbeeld R.v.St. nr. 61.449, VANVELTHOVEN, 4 september 1996). Dit criterium gebruikt de Raad van State ook negatief, om aan te tonen dat een motief niet in aanmerking genomen kan worden. In de zaak MACKEN, nr. 34.532 van 27 maart 1990 gaat de Raad van State de redenen die door de partijen in de loop van het geding werden aangebracht, nog op hun evidentie toetsen. Evidente beweegredenen zijn gegevens die duidelijk, dus zonder dat de benoemende overheid er moest naar verwijzen, de overheidskeuze verantwoorden. Een gegeven in aanmerking nemen dat plaatsvond meer dan 10 jaar voor tot de bestreden benoeming werd beslist, is ongeloofwaardig en geen evident motief (R.v.St. nr. 72.322, BARDIJN, 10 maart 1998). Een motief moet, om als evident aanvaard te kunnen worden, de vanzelfsprekendheid vertonen die toelaat het aan het bestuur toe

om niet een bepaalde kandidaat te benoemen (<sup>1341</sup>). Die nieuwe motieven kunnen reeds bestaan hebben ten tijde van de vernietigde benoeming, maar ze zouden, zo luidt de rechtspraak, ook kunnen worden ontleend aan een wijziging in de feitelijke en juridische omstandigheden sindsdien : te denken valt bijvoorbeeld aan de gedingen MACKEN waar pas na twee schorsingen en een vernietiging van dezelfde bestreden bevorderingsbeslissing, de overheid aangaf waarom ze verzoeker niet wilde benoemen (<sup>1342</sup>). Het bestuur in de zaken MACKEN dat zich initieel blijkaar niet wilde schikken naar een rechterlijke uitspraak, bleek een overheid die beschroomd was geweest om het volledige dossier van verzoeker naar boven te brengen.

Wat de bewegingsvrijheid van het bestuur wel verkleint, vormt het feit dat de administratieve rechter in het arrest VAN POUCKE voormeld stelt dat het niet aannemelijk is dat er nog andere redenen kunnen zijn die de overheid niet in aanmerking heeft genomen. De tweede beslissing is hier de laatste keuzebeslissing waarbij alles moet zijn onderzocht. De tweede keer moet de overheid al haar argumenten openbaren en wordt ze geacht er geen meer achter te houden. Ook niet om eerbare redenen, zoals bijvoorbeeld de betrokkene niet te kwetsen bij motieven uit de private sfeer of redenen eigen aan de persoon van de niet-benoemde zelf. Er valt te beklemtonen dat overheden er niet mogen voor terugdeinzen tijdens de procedure de werkelijke redenen aan te geven waarom een kandidaat niet wordt benoemd. Indien deze naar de Raad van State stapt, heeft hij

---

te schrijven, ook al wordt het pas achteraf opgegeven (R.v.St. nr. 50.545, ANTONISSEN, 30 november 1994 : een achteraf gegeven motivering is aanvaardbaar als ze rechtens zo voor de hand liggend is dat ze zich opdringt als de enig mogelijke en dus eigenlijk zelfs niet verwoord moet worden).

<sup>1341</sup> Bij Johan LUST vonden we terug : *"Luidde de vernietigingsgrond onwettigheid naar de motieven, in feite of in rechte, dan zal toch opnieuw dezelfde beslissing kunnen worden genomen op voorwaarde dat er andere motieven worden gevonden die wél deugen"* l.c., 125, nr. 39 (R.v.St. nr. 63.424, CHRISTIAENS, 4 december 1996).

<sup>1342</sup> R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990 (schorsingsarrest), R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 (vernietigingsarrest) ; R.v.St. nr. 37.188, MACKEN, 11 juni 1991 (schorsingsarrest) ; R.v.St. nr. 38.243, MACKEN, 3 december 1991 (behandeling ten gronde ; verwerping).

zelf het risico genomen dat eventuele motieven waarvan kan worden verondersteld dat hij prefereert dat ze niet geopenbaard worden, aan het licht worden gebracht. De Raad van State zou minder ver kunnen gaan door niet aan de overheid te vragen zich op een bepaald punt te plaatsen bij het overdoen van de beslissing. Nochtans vermag de Raad van State dat doen omdat de verzoekende partij *zelf* het risico neemt.

Het bestuur moet dan ook deze rechtspraak indachtig blijven. Bij het overdoen van de beslissing na een arrest zal ze nauwkeurig moeten nagaan waarom er werd vernietigd en in het licht daarvan specifiek motiveren waarom er desgevallend – dat is de overheidskeuze – toch opnieuw anders moet worden beslist. Het bestuur zal m.a.w. dienen te weerleggen of aan te vullen wat eerder ondeugdelijk werd bevonden of wat eerder ontbrak en, desgevallend, nieuwe redenen aanvoeren. Indien ten opzichte van een bepaalde kandidaat gegevens aan het licht zijn gekomen die die kandidaat in redelijkheid onbenoembaar maken, dan mag de overheid naar het ons voorkomt toch met die na de vernietiging of de schorsing kenbaar gemaakte redenen rekening houden. Maar de hoofdlijn blijft : slechts bewegingsvrijheid binnen het onderzoek dat toendertijd plaatsvond.

De eerste vernietiging brengt dus mee dat de overheid opnieuw de aanspraken van de verzoekende partij moet onderzoeken, maar daartoe slechts over een discretionaire bevoegdheid beschikt *binnen de perken getrokken door de gegrond bevonden annulatiemiddelen* <sup>(1343)</sup>. Doet de overheid dat niet binnen die perken of op onvolkomen wijze, dan kan op grond van de miskenning daarvan, aan de overheid de plicht tot handelen worden opgelegd. De Raad van State kan een welbepaalde handelingsplicht reeds van bij de eerste vordering vaststellen in de overwegingen van het arrest, maar heeft dat blijkbaar *nog maar éénmaal* gedaan. Zo oordeelde de Raad van State in het arrest STERCKX voormeld dat de verwerende *partij*

*„de rechtsplicht heeft om, wanneer zij geen rechtsgeldige redenen kan laten gelden om de bestreden beslissing niet over te*

---

<sup>1343</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998, overw. 3.2.3.



*doen, die beslissing over te doen en wel met inachtneming van het gegrond bevonden annulatiemiddel". De Raad van State overweegt "dat de overheid opnieuw moet onderzoeken of er deugdelijke motieven bestaan om niet verzoeker te benoemen en dat zij in ontkennend geval verzoeker moet benoemen, zulks op straffe van schending van het gezag van gewijsde van het huidige arrest (<sup>1344</sup>)".*

De Raad van State geeft terecht reeds op voorhand aan wat er kan gebeuren als niet wordt gevolgd wat de overwegingen opleggen te doen.

364. Het arrest VAN POUCKE dat, voor de eerste maal, in een geval van discretionaire bevoegdheid naast de benoemingsbeslissing ook de impliciete weigering die benoeming aan de verzoeker te verlenen heeft geschorst, is een zegen voor de rechtsbescherming van verzoekers die ondanks gunstige uitspraken van de Raad van State, er de overheid niet kunnen toe bewegen hun aanspraken deugdelijk te onderzoeken. Na het schorsingsarrest VAN POUCKE werd immers de verzoeker op 28 mei 1998 met ingang van 1 september 1988 - een terugwerkende kracht van bijna tien jaar - vast benoemd (<sup>1345</sup>).

---

<sup>1344</sup> Idem, overw. 4.2.5.6.

<sup>1345</sup> R.v.St. nr. 78.746, VAN POUCKE, 16 februari 1999.

## HOOFDSTUK 4 : WAT NA HET ARREST VAN POUCKE ?

### *AFDELING 1 : Het in dit werk gehanteerd pleidooi*

#### § 1. Stap voor stap

365. Voorafgaand zij opgemerkt dat wij de hierna beschreven stappen en de wijze waarop wij die bepleiten zouden kunnen aanpassen aan de "nieuwe" rechtspraak zoals die tot stand is gekomen na de verdediging van de thesis. Het komt ons voor dat er verscheidene redenen zijn om dat niet te doen :

- het gehele stramien van oplossing is op deze drie stappen in hun onderlinge samenhang gestoeld
- de stappen zijn geschreven ten bate van een wijziging in de rechtspraak ; zij zijn dat in die zin nog steeds ten aanzien van de overwegende rechtspraak
- de noodzaak van deze drie stappen - twee, zoals in de zaak VAN POUCKE <sup>(1346)</sup>, ware beter geweest, maar wij geven de redenen aan waarom er toch voor drie werd gekozen - blijkt hieruit dat de "nieuwe" rechtspraak nog niet - niet na een eerste, ook niet na een tweede of derde annulatiearrest - in de overwegingen van het arrest de overheidsverplichting schrijft om het onderzoek van de titels en verdiensten der gegadigden te doen met terugwerkende kracht.

Daarom blijft de tekst zoals die oorspronkelijk voorkwam. Voor de beschrijving van de "nieuwe" rechtspraak verwijzen wij naar het desbetreffend hoofdstuk hierna <sup>(1347)</sup>. Wat volgt is derhalve de initiële tekst ; dat zal overigens reeds uit de aanvangszin ervan blijken <sup>(1348)</sup>.

---

<sup>1346</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

<sup>1347</sup> Vanaf randnr. 401.

<sup>1348</sup> Want de "nieuwe" rechtspraak vernietigt de impliciete weigeringsbeslissing reeds op grond van een eerste vordering tot vernietiging ervan.

Er wordt voor gepleit dat verzoekende partijen de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing zouden vorderen in het voorwerp van hun verzoekschrift, maar dan "gemoduleerd", in fases. Dat wil zeggen dat zij niet onmiddellijk de vernietiging kunnen vorderen van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen, maar dat zij eerst, in een tweede geding voor de Raad van State, de nietigverklaring moeten vorderen van de weigering te benoemen in zoverre dit de weigering inhoudt om hun verdiensten deugdelijk te waarderen. Indien de Raad van State op die vordering ingaat en de overheid daar eens te meer niet aan voldoet, kan de derde en laatste fase volgen waarbij de vordering tot nietigverklaring van de weigering te benoemen in het voorwerp van het verzoekschrift wordt bijgeschreven.

Hoewel de overheid in onze visie drie kansen krijgt om een wettige benoeming te verrichten en haar dus alle mogelijkheden worden geboden om haar discretionaire bevoegdheid wettig uit te oefenen, lijkt het procederen op een andere en snellere wijze - althans in de huidige stand van de rechtspraak en het rechtsgevoelen - niet haalbaar. Er moet dus stapsgewijze, meer bepaald in drie stappen, tewerk worden gegaan omdat :

- het onzeker is of de administratieve rechter in de (positieve) beslissing van de benoeming mede de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen van de andere kandida(a)t(en) onderkent ;
- de rechtspraak oordeelt dat in uitvoering van een arrest dat een benoeming heeft vernietigd, de overheid meerdere wegen kan inslaan ;
- de uitvoeringsmogelijkheden van een arrest die door het opleggen van de dwangsom en van voorlopige maatregelen worden verschaft, slechts gehanteerd kunnen worden indien de Raad van State voorafgaand verplichtingen voor de overheid heeft onderkend die het voorwerp hebben gevormd van een vordering van de verzoekende partij.

De meeste kansen op succes lijken derhalve aanwezig te zijn indien in de eerste fase, i.e. in een eerste geding,

slechts de vernietiging van de benoemingsbeslissing wordt gevorderd ; er zullen in het (eventueel) vernietigingsarrest dan ook geen beschouwingen worden gewijd aan een impliciete weigeringsbeslissing. Wel moet uiteraard de motievencontrole zijn doorgevoerd, indien dit het annulatiemiddel vormt op grond waarvan de vernietiging geschiedt. Het is in dit geval dat naar de tweede fase, m.a.w. het tweede geding, kan worden overgestapt na een in de ogen van de verzoekende partij voor de tweede maal ondeugdelijk bevonden materiële motivering, door de overheid gegeven na het eerste annulatiearrest.

Bij het bestrijden van een beslissing in discretionaire bevoegdheid genomen, moet een verzoeker naar het ons voorkomt derhalve een tweede stap inbouwen om zijn kans op een positieve eindbeslissing te verhogen. Het bepleit standpunt is dat de zich miskend voelende verzoeker desgevallend reeds in het eerste geding maar zeker van bij het tweede geding, hoe dan ook de nietigverklaring moet vorderen van een weigeringsbeslissing. Maar niet onmiddellijk, noch in het eerste, noch in het tweede verzoekschrift, van de weigeringsbeslissing tot benoemen, aangezien de Raad van State daar zoals gezien in de regel negatief zou op antwoorden. De geciteerde voorbeelden hebben aangetoond dat dit in de huidige stand van het rechtsgevoelen, met de visie die de Raad van State heeft op wat hij meent dat injuncties zijn, niet werkt. Er moet derhalve de tussenschakel worden ingebouwd van de vordering tot vernietiging van de benoeming in de mate dat ze de weigering inhoudt de titels en verdiensten te erkennen, ten minste deugdelijk te vergelijken. De vaststelling van die weigeringsbeslissing steekt in onze hypothese (<sup>1349</sup>) reeds in de overwegingen van het eerste arrest ; bijgevolg is de stap om die weigering in het dictum van het tweede arrest te vernietigen niet groot. Dit is slechts het formaliseren (het onder de vorm van een dictum verwoorden) van de motieven van het eerste en noodzakelijkerwijze in dat geval ook van het tweede arrest. De rechter legt daardoor niets meer op dan wat hij reeds altijd in dergelijke gevallen deed en

---

<sup>1349</sup> Gegrond bevinden van het middel met betrekking tot de schending van de materiële motiveringsplicht.

blijft doen : hij bekritiseert de weigering om het onderzoek te doen met inachtnaam van de vereisten van het recht. Niets kan er derhalve aan in de weg staan dat hij die kritiek vorm geeft door de weigering om het recht te respecteren te sanctioneren met behulp van het hem door de wetgever verschaft middel van de vernietiging.

Zoals eerder beschreven, <sup>(1350)</sup> sluit de vernietigingsbevoegdheid de bevoegdheid in om vast te stellen wat het bestuur moet doen om een wettige beslissing te nemen. Zo spreekt de Raad van State zich uit over de vorm van rechtsherstel en er kan niet genoeg de klemtoon worden op gelegd dat dit geschiedt op grond van de hem door de wetgever toegekende vernietigingsbevoegdheid.

## § 2. Alleen de spelers van het vorige proces

366. De overtuiging blijft dat de beste oplossing erin bestaat ten minste in het tweede arrest in de overwegingen mede vast te stellen dat de overheid dat arrest moet uitvoeren door zich te beperken tot de „spelers van het vorige proces“. Dat volgt uit het feit dat de overheid zich moet plaatsen op het punt waar zij is ontspoord, waardoor er geen andere, nieuwe kandidaten kunnen bijkomen.

In het arrest STERCKX wordt niet aangegeven of de vergelijking zich alleen moet voltrekken tussen de verzoekende partij en de ten onrechte benoemde, dan wel tussen al diegenen die zich kandidaat hebben gesteld :

*"de verwerende partij heeft de rechtsplicht om (...) de bestreden beslissing over te doen : zij moet alsdan opnieuw onderzoeken of er deugdelijke motieven bestaan om niet verzoeker te benoemen en moet in ontkennend geval verzoeker benoemen (...)"*  
<sup>(1351)</sup>.

Er kan naar het ons voorkomt, niet worden geoordeeld dat de overheid zich moet beperken tot de vergelijking van enkel de

---

<sup>1350</sup> Randnr. 82.

<sup>1351</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998, overw. 4.2.5.6.

verzoekende partij met de ten onrechte benoemde. Het behelst de (voor de overheid wel laatste) kans op een deugdelijk onderzoek maar de overheid zou na dat onderzoek toch nog kunnen een ander dan de verzoekende partij benoemen op voorwaarde dat zij het op een in rechte aanvaardbare wijze doet (<sup>1352</sup>). De huidige rechtspraak luidt immers dat

*"de enige kandidaat die een annulatieberoep heeft ingesteld er het bestuur juridisch niet kan toe aanzetten geen rekening te houden met de aanspraken van de andere kandidaten omdat de vergelijking met ook die aanspraken in het belang van het bestuur is"* (<sup>1353</sup>).

### § 3. Alleen de regelgeving van het vorige proces

367. Een verzoekende partij heeft dus na het tweede vernietigingsarrest recht op een nieuw onderzoek dat volledig is, niet op een selecter onderzoek. Maar zij heeft wel de waarborg dat het om dezelfde omstandigheden gaat, bevroren door het proces. Met name de waarborg dat haar kansen niet zullen zijn verminderd. Dit omdat de overheid na het tweede arrest een keuze moet maken tussen dezelfde gegadigden en op grond van dezelfde reglementering. Immers, de overheid moet zich in deze visie houden aan de regelgeving die van toepassing was op het ogenblik van het onderzoek van de kandidaten. De vernietiging van de weigering waaruit voortvloeit de verplichting om zich te plaatsen op een bepaald punt in het verleden, sluit eveneens de verplichting in om zich te houden aan die bepaalde reglementering. Een ondertussen daaraan aangebrachte wijziging heeft geen invloed op de vergelijking. In deze constructie wordt derhalve vermeden dat de verzoekende partij haar belang verliest bij de nietigverklaring van de benoeming. Met name kan anders, ingevolge een wijziging van de reglementering in de loop van het geding, de begunstigde van de bestreden

---

<sup>1352</sup> Ook het arrest STERCKX voormeld stelt dat de verplichte herbeoordeling van de aanspraken van verzoeker op benoeming niet de verplichting insluit de verzoeker te benoemen.

<sup>1353</sup> Zie reeds R.v.St. nr. 35.697, DE RIDDER, 18 oktober 1990 ; R.v.St. nr. 60.526, MESSENS, 26 juni 1996.

beslissing, bij een nieuwe benoeming met voorrang op verzoekende partij aanspraak maken op benoeming (<sup>1354</sup>).

Deze optie leidt niet enkel tot een billijke oplossing ; ze is naar eerder gepoogd werd aan te tonen ook de enig juridisch mogelijke. Een bestuur kan immers niet tegelijk retroageren wat het onderzoek van de titels en verdiensten aangaat en niet retroageren wat de daarop toepasselijke bepalingen betreft.

Het komt nuttig voor hier te verwijzen naar de zaak DECLERCQ (<sup>1355</sup>) waarin de Raad van State oordeelt dat, ingeval de verzoekende partij niet werd geweerd om de enige reden waarvoor zij wel kon geweerd worden (<sup>1356</sup>), de overheid zich ter uitvoering van het arrest op het ogenblik moet plaatsen waarop de verzoekende partij niet voorgedragen werd. Is ondertussen de wetgeving veranderd, dan wordt daarmee geen rekening gehouden om verzoekende partij haar belang te ontzeggen (<sup>1357</sup>). De reden daarvoor is dat zij door de beslissing om haar niet voor te dragen aan te vechten, heeft voorkomen dat die beslissing te haren opzichte onaantastbaar zou zijn geworden (<sup>1358</sup>). De administratieve rechter preciseert dat de overheid, indien zij zich geplaast heeft op hetzelfde ogenblik en vaststelt dat er

---

<sup>1354</sup> R.v.St. nr. 20.980, NADIN, 26 februari 1981.

<sup>1355</sup> R.v.St. nr. 18.460, DECLERCQ, 4 oktober 1977.

<sup>1356</sup> Met name de hoegrootheid van haar wetenschappelijke verdiensten.

<sup>1357</sup> Zo voerde de verwerende partij in de zaak BLANCHART aan dat ingeval van vernietiging van de bestreden beslissing, zijnde dat werd geweigerd het stagedoend personeel een vaste benoeming te verlenen - terwijl bij een gunstig stageverslag de overheid er toe genoopt was te benoemen -, toch het nieuwe statuut en de nieuwe personeelsformatie zou moeten toegepast worden. De Raad van State antwoordt hierop dat de nietigverklaring voor de tegenpartij de verplichting zou meebrengen om opnieuw over de definitieve toestand van de verzoekende partij te beslissen, door zich weer te plaatsen in de toestand waarin de partijen zich op 8 november 1982 bevonden en door bijgevolg het statuut en de formatie die op die datum van kracht waren, toe te passen, met uitsluiting van het statuut en de formatie die op 3 januari 1983 zijn goedgekeurd. De Raad van State overweegt dat het feit dat de vroegere formatie in meer betrekkingen (...)voorzag dan de nieuwe formatie, verzoeksters belang bij het beroep niet ontnemt en preciseert dat tegenpartij eveneens vergeefs aanvoert dat *"de Raad van State haar niet zou kunnen dwingen meer personeel te benoemen dan zij wenst"* (R.v.St. nr. 24.799, BLANCHART, 7 november 1984).

<sup>1358</sup> Element van de "deformatie-theorie", maar hier betreft het een geval van een weigeringsbeslissing ten opzichte van één persoon.

geen rechtsgeldige motieven zijn om verzoekende partij te weren, verplicht is om haar loopbaan retroactief te reconstitueren (<sup>1359</sup>).

De Raad van State houdt bij de verplichting om de verzoeker retroactief te benoemen geen rekening met het feit dat er ondertussen nog een gegadigde kan zijn : wat in aanmerking moet worden genomen, is het ogenblik van de weigering te benoemen en het motief dat op dat ogenblik naar voren werd gebracht.

*"Indien", aldus het arrest DECLERCQ, „de toetsing uitwijst dat de weigering om verzoeker voor vaste benoeming voor te dragen, onrechtmatig is omdat op 18 juli 1975 geen toelaatbare motieven voorhanden waren om die weigering te rechtvaardigen, is de overheid verplicht om, met toepassing van de op 18 juli 1975 toepasselijke voorschriften, verzoekers' loopbaan retroactief te reconstitueren (<sup>1360</sup>)".*

Op dit arrest DECLERCQ werd door de verzoekende partij WILLEKENS een beroep gedaan toen hij als enige kandidaat werd afgewezen. De Raad van State was van oordeel dat verwerende partij in haar beoordeling te vaag was geweest. Het eerste luik van het voorwerp van het beroep, namelijk de beslissing waarbij de vacature werd gesloten zonder benoeming, werd vernietigd. Het tweede luik van het voorwerp, namelijk de beslissing houdende afwijzing van de kandidatuur van verzoeker, werd niet vernietigd (<sup>1361</sup>). De afwijzingsbeslissing kon derhalve opnieuw getroffen worden op grond van andere, nog niet veropenbaarde motieven. Het gaat om discretionaire bevoegdheid en de Raad van State handelt in overeenstemming met zijn overwegende rechtspraak om de overheid een tweede kans te geven om al haar motieven kenbaar te maken. Eigenlijk werd de verwerende partij in het arrest DECLERCQ voormeld geen tweede kans gegeven. Misschien lag de aard van het motief aan de basis daarvan. In het arrest DECLERCQ was de verzoeker afgewezen om financiële

---

<sup>1359</sup> Het geval DECLERCQ betreft een wetenschappelijke carrière waar kandidaten, indien de voorwaarden voor benoeming zijn vervuld, worden voorgedragen. Totaal gebonden bevoegdheid is dit niet omdat het bestuur steeds van oordeel kan zijn dat de kandidaat niet voldoet. Maar indien de enige reden waarom de kandidaat niet wordt benoemd een financiële reden is wordt dit uiteraard een ondeugdelijk motief bevonden.

<sup>1360</sup> R.v.St. nr. 18.460, DECLERCQ, 4 oktober 1977.

<sup>1361</sup> R.v.St. nr. 68.486, WILLEKENS, 30 september 1997.



redenen ; in het arrest WILLEKENS was verzoeker afgewezen om professionele redenen die niet duidelijk genoeg waren geformuleerd om rechtens dienstig te kunnen zijn. De Raad van State stelde wellicht vast dat de overheid op basis van een reden wilde handelen die haar toeliet te handelen, namelijk een bekwaamheidsreden en liet de overheid toe die reden een tweede keer nader te specificeren. In het geval DECLERCQ werd de verzoeker daarentegen bekwaamheidshalve wel gewild, maar was er geen mogelijkheid zijn wedde te betalen.

Niet op de hierboven geschetste wijze de zaken beoordelen kan er toe leiden dat de overheid gemakkelijk een motief vindt - en gemakkelijk toegelaten wordt dat motief te vinden - om de benoemingsprocedure van voren aan te beginnen. Geactualiseerde dossiers of een verruiming van de leeftijdsgrens, werd dit in de zaak DE MEUTER benaamd. Het is evenwel jammer dat de Raad van State in de tweede zaak DE MEUTER niet gedaan heeft wat in het arrest STERCKX werd gedaan, te weten op dezelfde duidelijke wijze stellen dat de overheid verplicht was ter uitvoering van het arrest zich te plaatsen bij het onderzoek der titels en verdiensten, tenzij ze een deugdelijke reden had dat niet te doen. In het schorsingsarrest van de derde procedure DE MEUTER <sup>(1362)</sup> preciseert de Raad van State dan toch dat

*"niet klaarblijkelijk redenen voorhanden waren om de keuze te beperken tot degenen die ter gelegenheid van de vorige vacantverklaringen hadden gekandideerd".*

§ 4. De reden van de eerste twee fases is, alle partijen tegemoet te komen en de rechter de mogelijkheid te geven die oplossing in te passen in de bestaande rechtspraak

368. Omdat de rechtspraak vasthangt aan het criterium van de rechtsplicht, zou dus, om aan die rechtsopvatting tegemoet te komen, het arrest dat statueert over het tweede beroep bij de Raad van State, kunnen overwegen dat de impliciete weigeringsbeslissing, tegemoet te komen aan het door de Raad

---

<sup>1362</sup> R.v.St. nr. 76.831, DE MEUTER, 10 november 1998.

van State gegrond bevonden middel, wordt vernietigd opdat de verdiensten van de verzoekende partij voortaan op een wettige wijze in aanmerking zouden worden genomen (<sup>1363</sup>) ; de overheid is daar dan in uitvoering van het arrest toe verplicht. Indien dit in de considerans van het arrest staat, zal de overheid er eventueel nog aan voorbijgaan, terwijl met de koppeling aan de vernietiging in het dictum dit niet meer het geval kan zijn.

Gelet op bepaalde rechtspraak kan die stap voor de rechter niet altijd zo groot zijn : in de overwegingen van de zaak DE MUYNCK ten gronde werd reeds duidelijk door de Raad van State verwoord dat de overheid verplicht is een nieuwe beslissing te nemen. De administratieve rechter bepaalt enigszins de inhoud van die beslissing vooraf door de bewegingsruimte van de overheid te vernauwen, in die zin dat aangegeven wordt met welke motieven de overheid niet meer te voorschijn kan komen. Ook in de zaak STERCKX overweegt de Raad van State dat

*„niet naar genoegen van recht bewezen is dat de benoeming met daarin geïmpliceerd de weigering verzoeker te benoemen, op deugdelijke motieven berust" (<sup>1364</sup>).*

Dat de weigering verzoeker te benoemen niet deugdelijk is, betekent niet dat verzoeker moet worden benoemd, maar wel dat de overheid ditmaal een deugdelijk onderzoek moet wijden aan de vraag waarom ze verzoeker niet zou benoemen ; dat laatste is aanvaardbaar voor de rechter. De overheid is ertoe verplicht zich op wettige wijze te gedragen ; het bedoelde onderzoek zal de overheid met meer kans op slagen, want minstens waakzamer, voeren als de vernietiging van de weigering om het te doen in het dictum staat.

---

<sup>1363</sup> En slechts in die mate. Dan zou J. STEVENS zich daar wellicht mee kunnen verzoenen, waar hij in een noot bij het arrest DE MUYNCK schrijft dat een impliciete beslissing toch niet kan worden geschorst (T.B.P., 1997, 790). De impliciete beslissing in dat arrest is geen impliciete weigeringsbeslissing te benoemen maar de impliciete weigeringsbeslissing om een deugdelijk onderzoek van de titels en verdiensten te doen.

<sup>1364</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

## § 5. Een dringende vraag voor de verzoekende partij

369. Er kan zodoende niet genoeg op worden aandrongen dat verzoekende partijen, indien zij een benoeming aanvechten bij discretionaire bevoegdheid en vooral <sup>(1365)</sup> indien zij een benoeming aanvechten bij gebonden bevoegdheid, mede de vernietiging van de weigeringsbeslissing zouden vorderen bij de Raad van State.

Bij gebonden bevoegdheid hebben de aangehaalde casussen aangetoond dat het onontbeerlijk is de impliciete weigeringsbeslissing mede aan te vechten om volledig rechtsherstel te verkrijgen. Dat dit idee in de periode na de "Tibaxiaanse periode" <sup>(1366)</sup>, de Raad van State niet geheel heeft aangesproken omdat de vernietiging van de weigering te benoemen bij gebonden bevoegdheid automatisch in de vernietiging van de benoeming zit, moet het minstens afleggen - en daar is die rechtspraak het mee eens <sup>(1367)</sup> - tegen de in de praktijk vastgestelde weerstand van overheidswege. Hoe verzoekende partijen het gelijk juridisch ook aan hun kant hadden, het werd niet in praktijk omgezet ; de vereiste dagen anciënniteit kwamen er niet bij of de geambieerde aanstelling bleef uit. Het staat niet in het dictum <sup>(1368)</sup>, voerde de

---

<sup>1365</sup> In de aangehouden visie zelfs uiteraard.

<sup>1366</sup> Periode begonnen enige jaren na het arrest TIBAX, dat dateert van 1980.

<sup>1367</sup> Ook praktische argumenten kunnen juridische argumenten zijn.

<sup>1368</sup> Een enkele keer kan het wel andersom zijn, met name dat geoordeeld wordt dat het dictum niet verenigbaar is met de motieven van een annulatiearrest. In die zin oordeelde het Hof van Beroep van Brussel over een arrest van de Raad van State dat een "dubbele vernietiging" uitspreekt, te weten naast de vernietiging van de beslissing waarbij verzoeker niet voldaan had voor zijn stage, ook de vernietiging van de impliciete weigering verzoeker te benoemen. Het arrest van het Hof van Beroep overweegt dat uit het dictum van het arrest niet mocht worden afgeleid dat, bij combinatie van beide onderdelen ervan, met zekerheid zou blijken dat de overheid niet mocht weigeren te benoemen. Het stelde dat *"de gevolgtrekking die (verzoeker) meende te kunnen afleiden uit de formulering van het beschikkend gedeelte van het arrest van de Raad van State niet kan worden bijgetreden, inzonderheid omdat zij niet verenigbaar is met de motieven die gezegd dictum schragen"*. Het Hof van Cassatie heeft de voorziening tegen dit arrest verworpen onder de overweging *"dat een arrest van de Raad van State houdende onrechtmatigverklaring van een beslissing waarbij de administratieve overheid zich uitspreekt over het al dan niet verlengen van de stage,*

overheid aan, bijgevolg is er geen weigering vernietigd en hoeven we geen positieve beslissing te treffen. De lijdensweg die de arresten VOLDERS aantonen, is daar een goede illustratie van (<sup>1369</sup>). Bovendien, zie verder (<sup>1370</sup>), werken de overwegingen slechts ten aanzien van het dictum.

## § 6. Hoe een oplossing aan het probleem van het rechtsherstel bij benoemingen zou kunnen worden gegeven

370. Wat thans onder ogenschouw wordt genomen is de volgende handelwijze waar van een hypothetisch voorbeeld wordt uitgegaan. Iemand is een zeer goede kandidaat voor benoeming en bijvoorbeeld als eerste gerangschikt door het adviserend orgaan. De benoemende overheid doet geen of doet een ondeugdelijke vergelijking van titels en verdiensten, waarna die kandidaat de daarop gevolgde benoeming aanvecht voor de Raad van State. De Raad van State bevestigt dat er geen

---

*terugwerkt, zodat de betrokken ambtenaar opnieuw in de toestand wordt geplaatst waarin hij ten tijde van de beslissing verkeerde" en "dat uit (...) de redenen van het arrest van de Raad van State die het dictum schragen, volgt dat de vernietiging van de beslissing dat eiser niet voldaan heeft aan zijn stage en van de impliciete weigering hem niet te benoemen, voor verweerder niet de verplichting inhoudt eiser te benoemen, maar verweerder opnieuw voor de vraag stelt of de stage moet worden verlengd of niet" (Cass., 8 februari 1991, VEREERTBRUGGEN t/B.R.T., Arr. Cass. 1990-91, 617).*

<sup>1369</sup> Hij had een alleenrecht op de aanstelling en de Raad van State overwoog dat ook zo in zijn arrest maar had het niet in het dictum opgenomen. Hoe hij ook aandrong bij de overheid en bij de administratie, die bewogen niet. Ze durfden dat niet doen want de Raad van State had dat niet aangegeven. Als de verzoeker VOLDERS, arrest in de hand, argumenteerde dat de overwegingen van zijn arrest zonneklaar waren en zoveel parallellisme vertoonden met andere arresten waarna er wel rechtsherstel was gevolgd, werd hem altijd geantwoord : het verschil met die andere arresten is dat in het uwe alléén de aanstelling van uw concurrent is vernietigd, de Raad van State zal wel hebben geweten waarom. En zo zat er niets anders op dan bij de Raad van State een vordering tot precisering van het dictum in te stellen. Alleen verliep er veel tijd vooraleer de Raad van State die precisie heeft aangebracht. Uiteraard heeft de Raad van State geoordeeld de aanstelling aan verzoeker toekwam en het bestuur heeft pas na het arrest waarin het dictum wordt gepreciseerd, geoordeeld dat het daarop kon ingaan. Toch betekende dit dat verzoeker jaren heeft moeten wachten : eerst vooraleer zijn geding beslecht was, daarna jaren vooraleer de Raad van State had uitgelegd dat hij recht had op de aanstelling.

<sup>1370</sup> In randnr. 402 in het raam van de "nieuwe" rechtspraak aangehaald.

deugdelijke vergelijking heeft plaatsgehad, waarop de overheid, in een voor verzoeker vrij gunstige hypothese, opnieuw een onderzoek doet van de verdiensten van de kandidaten ; zij doet dat onderzoek dermate dat verzoeker opnieuw niet wordt benoemd. In de veronderstelling dat zij geen andere motieven heeft gevonden dan de motieven die zij bij de vorige benoeming heeft aangewend of heeft nagelaten aan te wenden, kan de verzoeker de nieuwe benoeming opnieuw aanvechten ; hij ziet zich reeds voor de tweede keer geplaatst voor het negeren van zijn grotere verdiensten. Om juridisch te bewerkstelligen dat dit niet blijft doorgaan na de tweede vernietiging, mag de Raad van State er zich in die uitspraak niet toe beperken opnieuw de ondeugdelijkheid van de motieven vast te stellen en derhalve de benoeming te vernietigen ; hij moet bovendien in het besluit van het arrest ten minste beslissen dat ook de weigering te benoemen in de mate daaraan ten grondslag ligt het door de Raad van State gegrond bevonden middel, vernietigd wordt. In de overwegingen kan de Raad van State dan aangeven welke motieven de overheid niet meer mag aanvoeren en op welk ogenblik zij zich bij het heronderzoek moet plaatsen. Een overheid die aan die verplichting niet voldoet, schendt dan het gezag van gewijsde van het arrest dat haar die verplichting oplegt. Een dergelijk niet-nakomen van een door de rechter vastgestelde verplichting schept voor hem in het eventuele daaropvolgende arrest finaal de mogelijkheid de weigeringsbeslissing houdende benoeming, te vernietigen.

Het is in die omstandigheden juridisch doenbaar dat, nu er in de overwegingen van het eerste arrest vastgesteld is dat de verzoekende partij er recht op heeft dat haar aanspraken deugdelijk worden vergeleken met die van de benoemde, de Raad van State in het dictum van het tweede arrest (<sup>1371</sup>), de weigeringsbeslissing om opnieuw de rechtsaanspraken (<sup>1372</sup>) van verzoekende partij te honoreren, vernietigt. Aldus wordt

---

<sup>1371</sup> Dat statueert over de beslissing die getroffen is na het eerste geding.

<sup>1372</sup> Aanspraken zoals die dan blijken uit de overwegingen van het arrest.

eigenlijk de weigering gesanctioneerd om op juridisch adekwate manier rekening te houden met de verdiensten van de niet-benoemde. Die heeft de Raad van State geadieerd en die heeft zijn rechtsaanspraken werkzaam gehouden. Na het arrest is er geen benoeming meer en *houdt de verzoeker daar bovendien een recht aan over dat de benoemende overheid moet honoreren.*

Deze wijze van procederen lijkt beperkt tot de omstandigheid waarin de overheid het onderzoek herneemt bij de fout : de overheid had immers na het eerste arrest ook een nieuwe procedure kunnen opstarten. In dat geval is het die beslissing die zo mogelijk moet worden bestreden. Ook het „vooruitstrevende“ arrest STERCKX <sup>(1373)</sup> oordeelt dat de overheid verplicht is ingeval van vernietiging, verzoekers aanspraken op benoeming te herbeoordelen en dit binnen de grenzen getrokken door de gegrond bevonden annulatiemiddelen ; tenzij, zo voegt het arrest eraan toe, ingeval de overheid rechtsgeldige redenen heeft om de benoeming niet over te doen.

Bij de tweede fase, die na het eerste gunstig arrest volgt, moet immers onderscheid worden gemaakt tussen de volgende, reeds theoretisch besproken, mogelijkheden :

- benoemt de overheid niemand meer en beslist zij niet tot vacantverklaring, dan moet daar een deugdelijke reden voor zijn aangezien een vacature niet onredelijk lang onbezet mag worden gehouden. De weigering die vacature in te vullen, kan worden bestreden op de grond dat de overheid een rechtens aanvaardbare reden moet hebben te weigeren een vacante betrekking te begeven voor benoeming. In het arrest VAN DEN ABEELE <sup>(1374)</sup> - discretionaire bevoegdheid - wordt voor de overheid op een bepaald ogenblik de rechtsplicht vastgesteld om de betrekking te begeven. Ook in het arrest SEGERS <sup>(1375)</sup> - gebonden bevoegdheid - heeft de Raad van State geoordeeld dat, eenmaal de overheid de noodzaak tot benoemen heeft vastgesteld, zij

---

<sup>1373</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

<sup>1374</sup> R.v.St. nr. 21.366, VAN DEN ABEELE, 10 juli 1981.

<sup>1375</sup> R.v.St. nr. 18.088, SEGERS, 8 februari 1977.

daar niet meer kan op terugkomen. Is de overheid niet verplicht te benoemen, toch geeft zij haar intentie over de nood aan opvulling van de betrekking te kennen door eerst te benoemen. De omstandigheid dat de overheid dit oordeel heeft geuit, volstaat om aan te nemen dat deze opvatting blijft gelden tenzij door de overheid een deugdelijk motief wordt opgegeven waarom de betrekking niet langer bezet moet worden. Maar dan moet die betrekking ook uit de personeelsformatie worden geschrapt. In het arrest STAD AALST (<sup>1376</sup>) oordeelt de Raad van State dat

*"wanneer de overheid een personeelsformatie instelt, (...) zij moet geacht worden overtuigd te zijn van de met het belang van de dienst verband houdende noodzaak de op die personeelsformatie voorkomende betrekkingen te begeben. (...) Er kunnen (...) redenen voorhanden zijn om bepaalde vacante betrekkingen niet, of niet onmiddellijk te begeben, doch die redenen moeten dan veeleer als uitzonderingen op de algemene regel worden beschouwd, zodat het dan ook die redenen zijn die concreet moeten kunnen worden verantwoord door de overheid die de mening is toegedaan dat een betrekking alsnog niet vacant mag worden verklaard".*

Terzake kan zelfs de weigering om bijvoorbeeld een reglement vast te stellen, worden vernietigd (<sup>1377</sup>). Rechtmatige verwachtingen die een rechtsonderhorige put uit de op hem van toepassing zijnde statutaire regelingen, mogen immers niet onredelijk lang worden genegeerd. Zoals het arrest ZOETE het overweegt, kan in de considerans die het effect van de vernietigingsgrond expliciteert ook de uiterst redelijke termijn worden bepaald binnen welke het rechtsherstel moet worden gegeven (<sup>1378</sup>) ;

---

<sup>1376</sup> R.v.St. nr. 30.370, STAD AALST, 21 juni 1988.

<sup>1377</sup> R.v.St. nr. 41.504, BRAUERS, 28 december 1992 ; R.v.St. nr. 69.677, REMACLE, 19 november 1997. Voor het verzuim verordenend op te treden zie ook I. OPDEBEEK en F. REYNTJES, "Kroniek van grondwettelijk en administratief recht", *l.c.* 1398.

<sup>1378</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

- verklaart de overheid de betrekking weer vacant - ook die beslissing kan worden bestreden, ook in schorsing, inzonderheid onder aanvoering van de vraag naar deugdelijke motieven en desgevallend, onder aanvoering van het feit dat de overheid de procedure had moeten hernemen daar waar ze verkeerd was gelopen - en benoemt de overheid opnieuw dezelfde kandidaat, of, meer algemeen, benoemt de overheid zonder met de rechtsaanspraken van de initiële verzoekende partij rekening te houden zoals het eerste arrest vraagt dat er rekening mee gehouden wordt, dan kan de Raad van State oordelen dat deze keer na het arrest de overheid niet meer gerechtigd is, noch op verschillende uitvoeringsmogelijkheden, noch op een vrije vergelijking. Dat impliceert dat uit het proces één zaak naar voren komt : het feit dat verzoekende partij beter is dan de benoemde. Dit kan beslist het geval zijn indien een adviserend orgaan de verzoekende partij als eerste of als betere klasseerde.

Er wordt, zoals aangehaald, voor gepleit dat de Raad van State alsdan - als uitkomst van het tweede geding dat over de na het tweede onderzoek getroffen beslissing statueert - de impliciete weigeringsbeslissing om de titels en verdiensten van de verzoekende partij naar behoren te onderzoeken, zou vernietigen. Dat is nog niet de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen ! Het zal allicht nog een poos duren vooraleer de Raad van State dat laatste veralgemeend durft te doen ; er is de vrees van de rechter het bestuur te dwingen, zelf bestuur te zijn. Maar wie, die vaststelt dat de Raad van State - indien er dwang zou worden onderkend, quod non - dit slechts uitzonderlijk doet en die de concrete omstandigheden van de zaak ziet, zou dit hekelen ?

De tempering, de tussenstap naar een rechtspraak over hetgeen uiteindelijk verwezenlijkt zou kunnen worden, is dus dat de Raad van State de overheid oplegt de procedure te hernemen op het punt waar zij onwettig is : in concreto dat de overheid de vergelijking van titels en verdiensten moet overdoen, rekening houdend met wat de Raad van State voorafgaandelijk reeds heeft gestatueerd. Dat zou dan al de



derde kans zijn (<sup>1379</sup>) die de overheid wordt geboden. Men kan van oordeel zijn dat de overheid geen blijvende kansen op een onwettige "discretionaire" vergelijking mag hebben ;

- herneemt de overheid de procedure op het punt waar zij is ontspoord, dan zal dat in onze hypothese meestal zijn bij de afweging van de onderscheiden aanspraken. Dan wordt het makkelijker - althans dat valt nu te zeggen na vele jaren wachten -, want dan kan volgens het arrest VAN POUCKE ten opzichte van de tweede onregelmatige afweging en derhalve onregelmatige benoemingsbeslissing de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen worden gevraagd onder aanvoering van het middel van de schending van het gezag van gewijsde van het vorig annulatiearrest. Uit een combinatie van die vordering en dat middel kan volledig rechtsherstel worden verkregen.

Ingeval de rechtspraak niet geneigd zou zijn het arrest VAN POUCKE te volgen en dus onmiddellijk de weigering te benoemen te vernietigen, kan de verzoekende partij in haar vordering erbij formuleren dat zij „minstens" de vordering instelt om de vernietiging te verkrijgen van de "weigering haar al dan niet te benoemen", daaronder verstaand haar verdiensten te honoreren.

Alleszins zou een verzoekende partij er dus ten minste toe moeten kunnen komen de weigeringsbeslissing te laten vernietigen om de procedure over te doen op het punt waar ze fout ging. Vervolgens, indien nog steeds een onwettige beslissing wordt genomen, is de schending van het gezag van gewijsde van het arrest dat aldus heeft gestatueerd, in die context een middel op grond waarvan ook bij discretionaire bevoegdheid een vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen kan worden uitgesproken.

Het heeft lang geduurd vooraleer de Raad van State ertoe kwam zich in de zin van het arrest VAN POUCKE uit te spreken.

---

<sup>1379</sup> De overheid benoemt, die benoeming wordt een eerste keer vernietigd. De overheid treft opnieuw een beslissing : tweede kans, hoewel ook die beslissing wordt vernietigd. Na dat arrest is er een derde kans om te beslissen.

Maar die uiteindelijke rechtspraak is, het zij in het licht gesteld, een groot soelaas voor onrechtmatig behandelde geadministreerden. Noodzakelijk is, dat bestuurden het gevoel hebben dat er nog een rechtsstaat bestaat, dat er toegang tot een rechter openstaat die recht kan doen waar dit nodig blijkt ; m.a.w. in het kader van dit onderzoek, dat "de gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen" kan worden geconcretiseerd.

Daarom wordt ervoor gepleit dat verzoekende partijen toch altijd de impliciete weigeringsbeslissing mede zouden bestrijden, eerst om hun aanspraken wettig te waarderen, eventueel geformuleerd als de weigering hen al dan niet te benoemen, vervolgens om hen te laten benoemen ; niet noodzakelijk vanaf een eerste geding voor de Raad van State, dit om weerstand te voorkomen, aangezien de administratieve rechter toch wel echt niet in het dictum van het eerste arrest reeds het hier uiteindelijk beoogde rechtsherstel kan toewijzen. Hij kan op dat ogenblik geenszins de weigeringsbeslissing om te benoemen vernietigen ; het kan nu eenmaal dat het bestuur zich te goeder trouw vergist of dat het daarna niet meer juridisch of feitelijk mogelijk is dat er nog benoemd wordt. In dergelijk geval mag de Raad van State de overheid haar beleidsvrijheid niet zodanig beperken dat ze geen enkele vrijheid meer overhoudt. Haar eerste beslissing kan een geval betreffen waarbij ze van oordeel is dat ze haar onwettige beslissing juridisch nog wil herstellen of dat de gewijzigde omstandigheden haar niet meer toelaten de beslissing te herstellen.

371. Al deze beschouwingen kunnen niet meer worden gemaakt ingeval van een manifest onwillige overheid. En dat kan duidelijk voorkomen, ten bewijze waarvan enkele voorbeelden <sup>(1380)</sup> :

---

<sup>1380</sup> S. WYCKAERT verwijst naar de voorbeelden hierin aangehaald (S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, o.c. 426-428, nr. 808.

- "...dat de tegenpartij tot viermaal toe de wettelijkheid obstinaat is blijven omzeilen die haar nochtans door drie opeenvolgende arresten duidelijk was aangewezen ; dat zij zodoende meer dan tien jaar een kennelijk onregelmatige toestand in stand heeft gehouden (...) " <sup>(1381)</sup>.

De overheid had over een periode van bijna tien jaar zes opeenvolgende onwettige beslissingen genomen <sup>(1382)</sup>.

- "dat uit de analyse en de historiek van deze zaak blijkt dat verzoeker, op volgehouden wijze en zonder de minste verantwoording, door opeenvolgende besluiten van de Vlaamse Executieve, het recht wordt ontzegd in het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap een met zijn graad overeenstemmende betrekking te bekleden ; dat het zonder meer strijdig is met de beginselen van behoorlijk bestuur dat de verwerende partij, zonder eerst deze voor verzoeker nadelige toestand te willen rechtzetten, betrekkingen van rang 16 openstelt (...) en die bevorderingen het onmogelijk maken dat verzoeker een functie krijgt die met zijn rang overeenstemt" <sup>(1383)</sup>. Bij dit arrest worden vijf benoemingen vernietigd. Daarop worden de betrokkenen met de hogere functie belast. De Raad van State overweegt bij arrest nr. 39.038 van 20 maart 1992 dat de Vlaamse Executieve, door precies die vijf ambtenaren wier benoeming geschorst was, met ingang van de datum waarop de schorsing logischerwijze moest ingaan, met de hogere functie te belasten, gehandeld heeft met miskenning van het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest en bijgevolg getuigd heeft van onwil om zich bij een arrest van de Raad van State neer te leggen. Hij beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de besluiten inzake toekenning van het hoger ambt en legt aan de Vlaamse Gemeenschap een dwangsom op van 100.000 fr. per dag van niet-uitvoering van het arrest, te rekenen vanaf de dag van de betekening van het arrest tot op de dag van de betekening van het arrest dat uitspraak doet over de grond van de zaak. Bij arrest nr. 40.305, VALCKENAERS van 14 september 1992 worden deze besluiten vernietigd.

- " ...dat de door verzoeker voorgebrachte stukken genoegzaam aantonen dat (X), nadat bij 's Raads arresten nr. 54.190 van 3 juli 1995 en nr. 60.584 van 28 juni 1996 de schorsing van de tenuitvoerlegging van zijn aanwijzing (...) bevolen was, taken is blijven uitoefenen die aan zijn functie verbonden zijn ; dat er derhalve gegronde redenen zijn om de schorsing van de

---

<sup>1381</sup> R.v.St. nr. 27.479, SERVAIS, 28 januari 1987, R.W., 1988-1989 147; T. Gem. 1988 31, noot A. VANDENDRIESSCHE ; A.P. (T) 1989, 47.

<sup>1382</sup> Zie ook R.v.St. nr. 18.235, SERVAIS, 21 april 1977 en R.v.St. nr. 19.554, SERVAIS, 5 april 1979 (vernietiging om dezelfde reden als in het arrest nr. 18.235 en wegens schending van het gezag van gewijsde).

<sup>1383</sup> R.v.St. nr. 38.868, VALCKENAERS, 27 februari 1992.

*tenuitvoerlegging (...) door middel van een dwangsom te doen naleven ; (...) "* <sup>(1384)</sup> .

- "Overwegende dat nergens uit blijkt dat de verwerende partij enige reden had, om als zij dan toch de gevolgen van het vernietigingsarrest wilde wegwerken, dat uitsluitend te doen ten bate van degenen wier benoeming vernietigd werd en niet ten bate van degenen die die vernietiging hadden verkregen ; dat het bezwaarlijk in overeenstemming met de gelijkheidsregel kan worden genoemd meer attenties te hebben voor degenen wier benoeming per hypothese onwettig was - onwettigheid vastgesteld door een met gezag van gewijsde bekleed arrest - dan voor degenen die per hypothese het slachtoffer van die onwettige benoemingen zijn geweest (...) dat verzoekers terecht kunnen stellen dat zij voor een "impliciete weigering van de uitvoering van het gezag van gewijsde van het arrest" staan en dat het daartegen is dat zij opkomen" <sup>(1385)</sup> . Het betrof herbenoemingen gedaan bij ministerieel besluit van 29 januari 1991 met terugwerkende kracht tot 1 januari 1979 van diegenen wier bevordering bij arrest nr. 26.788 <sup>(1386)</sup> werd vernietigd. De verwerende partij had de schorsing van deze benoemingen <sup>(1387)</sup> en de dreigende vernietiging ervan, pogen ondervangen door een artikel te doen opnemen in de wet houdende aanpassing van de algemene uitgavenbegroting. De Raad van State oordeelt bij arrest nr. 47.474, BABYLON van 17 mei 1994 dat de verwerende partij moet geacht worden ten aanzien van verzoeker een afwijzende beslissing te hebben genomen in de zin van artikel 14, § 3, dat die beslissing moet worden vernietigd omdat zij het gezag van gewijsde van het arrest nr. 25.161 miskent en dat de omvang van die vernietiging moet worden beperkt tot de weigering verzoekers' loopbaan te reconstrueren. Dit betekent dat zij er zich hoe dan ook niet mee kan vergenoegen de vernietigde statuutsbepalingen niet te vervangen zonder tevens daarbij de uitvoeringshandelingen ervan, te weten, de benoemingen welke de vernietigde bepalingen als grondslag hebben, voor zover deze de betrokkenen gunstiger behandelen dan verzoeker, in te trekken of althans op een andere wijze te bewerkstelligen dat het door de Raad van State onwettig verklaarde onderscheid, in de mate dat verzoeker en zijn medestanders daarvan het slachtoffer waren, weggenomen wordt. De Raad van State overweegt dat op de overheid de verplichting rust om ten voordele van verzoeker een positieve beslissing te nemen waardoor hij gelijk wordt behandeld. De meest voor de hand liggende oplossing zou zijn

---

<sup>1384</sup> R.v.St. nr. 71.692, DE WINNE, 9 februari 1998.

<sup>1385</sup> R.v.St. nr. 38.295, DE CASTER, PIESSENS, DEBROUX, 10 december 1991.

<sup>1386</sup> R.v.st. nr. 26.788, SEGERS, 26 juni 1986.

<sup>1387</sup> R.v.St. nr. 37.144, DE CASTER en c., 4 juni 1991.

aan zijn benoeming eveneens terugwerkende kracht te verlenen tot 1 januari 1979. Omdat gebleken was dat de verwerende partij niet zinnens was het arrest nr. 25.161 uit te voeren, legt de Raad haar een dwangsom op van 100.000 frank per dag vanaf de eerste dag van de vierde maand die volgt op de kennisgeving van dit arrest.

- Bij arrest nr. 37.841 (<sup>1388</sup>) vernietigt de Raad van State de benoeming van Luc Vandergunst tot eerstaanwezend ingenieur-hoofd van dienst met ingang van 1 januari 1988. Het arrest overweegt dat de verklaringen van betrokkenen alsook de toelichting van de directeur-generaal ervan doen blijken dat verzoeker in een grotere mate dan Luc Vandergunst voldoet en dat de directieraad Luc Vandergunst voordroeg om "psychologische redenen", ondanks zijn aanmerkelijk minder ervaring. Na de vernietiging en na een nieuwe vacature gaat de directieraad opnieuw over tot de vergelijking van titels en verdiensten en wordt voorgesteld Luc Vandergunst als eerste voor te dragen omdat hij gedurende de periode dat hij fungeerde op grond van de benoeming die de Raad van State vernietigde, zijn taken op "*remarquabele wijze*" heeft uitgeoefend, en ook zijn tijdelijke aanstelling als gemachtigde ambtenaar in die periode geschiedde "*op een kordate, loyale en van veel mensenkennis getuigende manier*". Dezelfde verzoeker Vanderstraeten op vordering van wie de eerste benoeming werd vernietigd, dient een bezwaarschrift in en stelt dat de rangschikking op geen enkel punt rekening houdt met de oorzaak van het opnieuw open verklaren, zijnde het arrest van de Raad van State, dat de functie overigens niet opnieuw had vacant verklaard dienen te worden, dat de directieraad enkel had dienen te motiveren waarom iemand met het diploma van burgerlijk ingenieur, ondanks aanmerkelijk minder ervaring op het gebied van de te begeven functie, toch van een grotere geschiktheid blijk gaf, en dat de huidige aanspraken van Luc Vandergunst op de bevordering enkel gesteund kunnen zijn op afgeleide gevolgen van het vernietigde besluit. De directieraad blijft echter bij zijn standpunt en voor de tweede maal wordt Luc Vandergunst door de minister benoemd.

Verzoeker Vanderstraeten voert in een nieuw annulatieberoep onder meer aan dat uit het arrest bleek dat hij de betere was, dat hij trouwens de vorige keer - bij de eerste benoeming - als tweede gerangschikt was, dat het bestuur niet motiveert waarom het de bevorderingsprocedure ab initio hernam en dat zulks is omdat het de vermeende ervaring van Luc Vandergunst wenste te gebruiken om deze laatste opnieuw te kunnen bevorderen. De Raad van State antwoordt dat inderdaad de ervaring die door een ambtenaar is verworven op grond van een door de Raad van State vernietigde benoeming in de regel niet in aanmerking mag worden genomen als motief voor de latere benoeming van deze ambtenaar in een ander ambt, zeker in geval een verzoeker die deze vernietiging bekwam eveneens kandidaat

---

<sup>1388</sup> R.v.St. nr. 37.841, VANDERSTRAETEN, 10 oktober 1991.

was voor dat ambt. Het arrest stelt vast dat deze ervaring onbetwistbaar ten nadele van verzoeker werd gebracht maar aan Luc Vandergunst positief werd toegerekend in die mate dat de overwegingen daaromtrent zelfs de doorslaggevende motieven van het advies uitmaken en verwerende partij dan ook tevergeefs betreurt dat de "onbetwistbare ervaring" die Luc Vandergunst heeft opgedaan sinds 30 maart 1988, voor hem niet kan worden in rekening gebracht en er dan voor hem "niets anders" in rekening is te brengen. De Raad van State herneemt vervolgens, als repliek op verzoeker waar hij aanklaagt dat de overheid zijn rechtmatige verwachtingen op bevordering niet is nagekomen, het traditionele standpunt dat in het algemeen een overheid niet verplicht is een aangevatte bevorderingsprocedure te voltooien en na de vernietiging, de keuze heeft de procedure te hernemen op het punt waar de onrechtmatigheid zich situeerde, hetzij af te zien van de benoeming hetzij een nieuwe procedure in te zetten. De Raad van State stelt dat uit het gezag van gewijsde van het arrest nr. 37.841 geenszins voortvloeit dat verzoeker een recht zou hebben op de bestreden bevordering. Dat de aanspraken van verzoeker kennelijk groter zijn, daar kan het arrest niet bevestigend op antwoorden, het zegt dat het vorig arrest enkel heeft geoordeeld dat verzoeker in een grotere mate dan de benoemde voldeed aan de eis, op de hoogte te zijn van de wetgeving inzake de te begeven functie, dat hij bovendien vertrouwd was met de problematiek ervan en de benoemde aanmerkelijk minder ervaring had. Op het argument terslotte dat de formele motiveringsplicht door de overheid niet was nagekomen bij de beslissing om een nieuwe bevorderingsprocedure in te stellen na de vernietiging, antwoordt de Raad van State dat zulke beslissing een voorbereidende beslissing is die voorafgaat aan de eindbeslissing, namelijk de benoeming, zodat zij niet formeel gemotiveerd dient te worden. Jammer dat verzoeker hier niet de schending van de materiële motiveringsplicht heeft aangevoerd. De bevordering van Vandergunst wordt dan ook opnieuw geschorst (<sup>1389</sup>) en vernietigd (<sup>1390</sup>). Een nieuwe vacature wordt ter kennis van de gegadigden gebracht ; de directieraad beslist ditmaal verzoeker en Luc Vandergunst ex aequo op de eerste plaats te rangschikken maar dat belet niet dat Luc Vandergunst voor de derde maal wordt bevorderd. Alweer heeft de directieraad rekening gehouden met de ervaring die Luc Vandergunst op grond van de door de Raad van State vernietigde benoemingen had opgedaan. De Raad van State overweegt dat dit absoluut in strijd is met het geciteerde arrest nr. 41.827. Ten aanzien van het argument dat Luc Vandergunst ondertussen nog was aangewezen voor de uitoefening van een hogere functie en dat besluit niet is aangevochten geworden, merkt de Raad van State op dat dit besluit zelfs *niet eens een schijn van wettigheid zou*

---

<sup>1389</sup> R.v.St. nr. 40.299, VANDERSTRAETEN, 14 september 1992.

<sup>1390</sup> R.v.St. nr. 41.827, VANDERSTRAETEN, 1 februari 1993.

bezitten, indien ermee zou beoogd zijn de kandidaat, wiens bevordering door de Raad van State vernietigd werd, aanspraken op een nieuwe bevordering te doen verwerven. Het middel wordt kennelijk gegrond bevonden (<sup>1391</sup>).

Deze verzoeker was derhalve sinds 1988 aan het pogen datgene te verwerven waar hij meer recht op had dan diegene die het heeft blijven behouden. Gelukkig heeft de laatste vordering tot nietigverklaring op een paar maanden haar beslag gekregen omdat ze is afgehandeld op grond van art. 94 van het regentsbesluit van 23 augustus 1948, zijnde dat de vordering kennelijk gegrond is bevonden.

- In de zaak SCHOLLAERT werd de verzoeker verscheidene malen genegeerd zonder enig motief, noch ten nadele van hem, noch ten voordele van de aangestelden. De overheid heeft achtereenvolgens een interne oproep gedaan voor tijdelijke aanstelling die werd vernietigd, daarna een oproep voor werving waarna ze zich weer tot herhaalde tijdelijke aanstellingen heeft beperkt (<sup>1392</sup>).

- In het schorsingsarrest VANDAELE wordt geoordeeld dat overduidelijk blijkt dat er helemaal geen vergelijking van de titels en verdiensten van de onderscheiden kandidaten is gebeurd, laat staan dat er een objectieve vergelijking van de titels en verdiensten zou zijn gebeurd; dat de benoemende minister immers in zijn nota van 3 november 1993 aan de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu en Infrastructuur mededeelt, zonder de minste uitleg, dat hij "beslist" heeft Aaron DECLERCQ te benoemen, en "bijgevolg" erom verzoekt "een behoorlijk gemotiveerd ontwerp van besluit voor te leggen"; dat derhalve de motivering die de bestreden benoeming schraagt ongeloofwaardig is en er alleen toe strekt om aan een onwettige beslissing een schijn van wettigheid te geven; (...) dat verzoeker het slachtoffer is van een zware onwettigheid en niet moet dulden dat deze toestand blijft bestaan tot een later tussen te komen arrest de bestreden benoeming vernietigt; dat het morele nadeel dat hij thans ondergaat niet kan goedgeemaakt worden door de morele genoegdoening die het annulatiearrest hem later zal verschaffen;" (<sup>1393</sup>).

372. Bij de vaststelling dat de overheid onwillig is, moet de rechter daar iets kunnen tegenover stellen (<sup>1394</sup>). Lijdzaam

---

<sup>1391</sup> R.v.St. nr. 46.462, VANDERSTRAETEN, 8 maart 1994.

<sup>1392</sup> R.v.St. nr. 54.497, SCHOLLAERT, 12 juli 1995.

<sup>1393</sup> R.v.St. nr. 46.723, VANDAELE, 29 maart 1994.

<sup>1394</sup> B. BOUCKAERT ontleedt de rechtsvormende rol van de rechter. Het al dan niet aanvaarden ervan hangt samen met een keuze inzake samenlevingsmodel; ofwel verkiest men een totaal-teleocratische samenleving, waarin de actoren uitvoerders zijn van de centraal bepaalde collectieve

toezien terwijl de grondwetgever precies heeft gewild dat de geadministreerden een eigen rechter zouden hebben die de overheid kan aangeven waarop ze recht hebben, dat is allerm minst wat de (grond)wetgever voor ogen kan staan, terwijl de wetgever de Raad van State gedurende het laatste decennium herhaaldelijk meer actiemogelijkheden heeft gegeven.

373. Ter ondersteuning van onze tweede stap is het belangrijk dat de Raad van State in het arrest STERCKX stelt dat het feit dat de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing impliciet begrepen is in de vernietiging van de benoeming, meebrengt dat de overheid *verplicht* is zich opnieuw uit te spreken over verzoekers aanspraken op benoeming. De Raad van State preciseert daarbij (uiteraard) dat die herbeoordeling niet de verplichting insluit om de verzoekende partij te benoemen. Aldus wordt ook bij discretionaire bevoegdheid impliciet de weigering vernietigd om een onderzoek te wijden aan de titels en verdiensten van de benoemde en de niet-benoemde(n) op grond van wat de Raad van State in zijn overwegingen vaststelt. Wat die weigering betreft om een onderzoek te wijden aan de titels en verdiensten van de niet-benoemde kandidaat, overweegt de Raad van State in het arrest MAHY (<sup>1395</sup>) dat de vraag of een verzoeker belang heeft bij de vernietiging van de door hem bestreden beslissing moet worden beantwoord aan de hand van het voor hem nuttig effect dat die vernietiging zou meebrengen :

*"Het belang van verzoeker bij een toewijzing van zijn beroep op grond van het middel dat zijn aanspraken in redelijkheid direct zichtbaar groter waren, is hierin gelegen dat hij ervoor behoed zou worden dat bij een nieuwe procedure tot benoeming in de omstreden betrekking, de aanspraken waar hij zich op beroept, al te licht over het hoofd zouden worden*

---

doelstellingen, ofwel aanvaardt men dat de samenleving grotendeels als een interactie van soevereine actoren moet worden beschouwd en het recht nomocratisch geaard moet blijven. Dan moet volgens de auteur naast de wetgever, ook de rechterlijke macht als regelgevende instantie worden erkend (*Hoe gemotiveerd is Cassatie ?*, Pleidooi voor een waarachtig precentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur, Thorbeckecollege 21, Kluwer rechtswetenschappen België en Story-scientia, 1997, 57 blzn (11-12)).

<sup>1395</sup> R.v.St. nr. 38.482, MAHY, 14 januari 1992.



*gezien. Wordt immers zijn beroep op grond van dat middel toegewezen dan zou met gezag van gewijsde zijn vastgesteld dat verzoeker inderdaad in redelijkheid direct zichtbaar grotere aanspraken heeft laten gelden zodat de tot een nieuwe benoeming overgaande overheid ze alleen dan zou kunnen negeren wanneer ze zou aantonen dat ze naderhand verdwenen zijn".*

Dezelfde redenering als die in deze fase wordt gehuldigd - redenering door de Raad van State in zopasvermeld arrest MAHY aangehouden ter ondersteuning van het belang - maar dan zonder de draagkracht die dit werk er wil aan geven door de opname in het dictum, kan bijvoorbeeld worden teruggevonden in het arrest V.Z.W. VLAAMSE WACHTDIENST BRUSSEL waar de Raad van State oordeelt ten aanzien van de afwijzing van een aanvraag

*"dat verzoekster de wettige hoop mag koesteren dat ter uitvoering van het arrest over haar beroep de verwerende partij verplicht zal zijn opnieuw over haar aanvraag uitspraak te doen (...) en dat verzoekster er aldus voor behoed zou worden dat bij een nieuwe beslissing over haar aanvraag al te gemakkelijk dezelfde onwettigheden begaan worden" (<sup>1396</sup>).*

Zo ook in het arrest DEWAELE :

*"dat verzoekers belang verder (<sup>1397</sup>) hierin gelegen is dat hij door een toewijzing van zijn beroepen (...) ervoor behoed zou worden dat bij een nieuwe voordracht van kandidaten voor en bij een nieuwe benoeming (...) de in de onderhavige zaak gedane afwijzing van zijn kandidatuur wegens het niet bezitten van het bekwaamheidsbewijs als precedent voor een nieuwe afwijzing zou worden ingeroepen ; dat immers, worden zijn beroepen op grond van het door hem aangevoerde annulatiemiddel toegewezen, met gezag van gewijsde zou zijn vastgesteld dat de gedane afwijzing onrechtmatig is, wat zou meebrengen dat ze bij latere kandidaatstellingen van verzoeker niet rechtsgeldig als precedent zou kunnen worden ingeroepen." (<sup>1398</sup>).*

Dit zou betekenen dat reeds van bij het tweede geding de vernietiging van de weigering te benoemen zou kunnen worden

---

<sup>1396</sup> R.v.St. nr. 40.152, V.Z.W. VLAAMSE WACHTDIENST BRUSSEL, 27 augustus 1992.

<sup>1397</sup> Naast minstens het moreel belang.

<sup>1398</sup> R.v.St. nr. 25.575, DEWAELE, 5 juli 1985.

gevorderd. Dit werk maakt de keuze om te pleiten voor het instellen van meerdere gedingen teneinde de rechter niet overhaast in een keurslijf te duwen en aldus ook het uiteindelijk opzet, een efficiënte rechtsbescherming, niet in het gedrang te zien komen.

Te herhalen valt dat het in deze „tweede fase“ dus niet gaat om de weigering om welbepaald de verzoekende partij te benoemen, maar om de weigering, hoe dan ook benaamd, om haar titels en verdiensten op wettige wijze te onderzoeken of te honoreren : *de overheid is verplicht ingeval van vernietiging, verzoekers aanspraken op benoeming te herbeoordelen, hierbij uitgaand van de gegrond bevonden annulatiemiddelen* <sup>(1399)</sup>. Ook bij dat gegrond bevinden heeft de Raad van State in het arrest STERCKX zijn vroegere stelling bevestigd, met name dat de benoeming de weigering te benoemen impliceert : „er is niet naar genoeg van recht bewezen dat de bestreden beslissing - *de benoeming van de tussenkomen de partij met daarin geïmpliceerd de weigering verzoeker te benoemen* - op deugdelijke motieven berust“ <sup>(1400)</sup>.

Het arrest BRAECKMAN drukt het op dezelfde wijze uit : „*Wat impliciet is beslist, kan ook impliciet bestreden worden : door een middel waarin wordt gesteld dat ten onrechte aan verzoekers' aanspraken is voorbijgegaan*“ <sup>(1401)</sup>.

De Raad van State is in het arrest STERCKX wel weer consequent met het „modernere“ standpunt dat met name afstand neemt van de rechtspraak van het „TIBAX-arrest“ <sup>(1402)</sup>, waar hij oordeelt dat, waar de verzoekende partij uitdrukkelijk ook de vernietiging van de impliciete weigering vordert, dit

---

<sup>1399</sup> Tenzij ze zich in rechte kan steunen op een reden om de benoeming niet over te doen.

<sup>1400</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998, overw. 4.2.5.5.

<sup>1401</sup> R.v.St. nr. 74.166, BRAECKMAN, 9 juni 1998 : „Wie een benoeming bestrijdt omdat hij meent dat bij de benoeming ten onrechte aan zijn aanspraken op die benoeming is voorbijgegaan, bestrijdt impliciet maar zeker de in die benoeming geïmpliceerde weigering hem te benoemen“.

<sup>1402</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.

juridisch-logisch overbodig is (<sup>1403</sup>). In dit werk wordt er echter voor gepleit dat standpunt niet te volgen ; meer bepaald is er meer dan één reden om toch een vordering tot uitdrukkelijke vernietiging van een weigering in te stellen : een praktische en een juridische naast het feit dat alleen het naleven van een uitdrukkelijke vernietiging kan worden afgedwongen (<sup>1404</sup>).

## § 7. De wijziging van de jurisprudentie ten behoeve van het doel waarvoor de Raad van State is opgericht

374. In een vergelijkende studie van de rechtspraak van de Franse en de Belgische Raad van State schrijft M. DE WIJNGAERT reeds in 1957 dat de hele rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat "gericht is op de verdediging van de belangen en vrijheden der individuen". Hij beklemtoont dat het treffend is hoe casuïstisch de Franse Raad van State oordeelt :

*"Telkens hij bij de administratie een nieuwe praktijk van zware misbruiken ontdekt, die door de heersende jurisprudentie niet voldoende kunnen beteugeld worden, aarzelt de Conseil d'Etat niet, die jurisprudentie te wijzigen in de zin van een vermeerdering van zijn controlebevoegdheid"* (<sup>1405</sup>).

Hij pleit ervoor dat bij werkelijke misbruiken, het noodzakelijk is dat de Raad van State het

*"appreciatierecht van het bestuur desnoods indijkt. Hij kan dit doen zonder er een principe van te maken, dat gans zijn rechtspraak beheerst... Aldus wordt het gevaar ontweken, dat een systematisch ver doorgedreven feitencontrole de reactie zou uitlokken van de wetgever..."*.

---

<sup>1403</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

<sup>1404</sup> Om de gegrondheid en de werkelijkheidsgetrouwheid van die stelling aan te tonen wordt de geschiedenis van de impliciete weigeringsbeslissing bij gebonden bevoegdheid uiteengezet, zie vanaf randnr. 85.

<sup>1405</sup> M. DE WIJNGAERT, "De feitencontrole door de Belgische en Franse Raad van State", T.B.P., 1957, 199-211 en 287-295 (slot).

Men kan terecht de mening toegedaan zijn dat het enkele feit dat de Raad van State voor de overheid de vereiste inschrijft zich ter uitvoering van een arrest te plaatsen op het punt waar zij zich niet langer wettig heeft gedragen, in die gevallen waar het werkelijk duidelijk is dat de overheid zich niet heeft geschikt naar het recht, geen reactie zal uitlokken ; noch van de rechtsleer, noch van de wetgever. Veeleer het tegengestelde zou reacties uitlokken ; een pertinent onwettig overheidsgedrag kan in een rechtsstaat niet straffeloos worden getolereerd en de administratieve rechter heeft bewezen dat hij ertoe in staat is dergelijk evident onwettig gedrag te detecteren.

#### § 8. Aan de grote vrees van de administratieve rechter voor "injuncties" tegemoetkomen

375. Zo handelend, hoeft de administratieve rechter er volgens dit inzicht niet voor te vrezen het injunctierecht (<sup>1406</sup>) t.a.v. het bestuur uit te oefenen (<sup>1407</sup>). Heeft de Raad van State overigens bovendien niet de bevoegdheid gekregen om voorlopige maatregelen te bevelen, om de overheid te bevelen de beslissingen in te trekken die genomen zijn met schending van de uit een annulatiearrest volgende onthoudingsverplichting, desgevallend ondersteund door een dwangsom ?

---

<sup>1406</sup> Dat de Raad van State dit niet vermag, is vaste rechtspraak : bijvoorbeeld R.v.St. nr. 25.250, VAN DEN BRANDE, 18 april 1985 ; R.v.St. nr. 36.228 VAN HOOREWEDER, 15 januari 1991 : "(...)de Raad van State is niet bevoegd om voor recht te zeggen dat een bepaald voordeel dient te worden toegekend binnen de termijn door hem bepaald, maar hij kan wel in de motieven van een vernietigingsarrest de rechtsplicht van de overheid om een bepaalde beslissing te nemen vaststellen". Bepaalde minder recente rechtspraak poneert tevens dat de Raad van State geen aanbevelingen mag geven, bijvoorbeeld R.v.St. nr. 19.958, VAN DE VELDE, 5 december 1979 ; R.v.St. nr. 23.602, DESMEDT, 20 oktober 1982. Zie terzake de injunctiebevoegdheid van de rechter ook S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 164 nr. 89.

<sup>1407</sup> I. OPDEBEEK pleit voor het verlenen van injunctiebevoegdheid aan de Raad van State (*Rechtsbescherming...*, o.c., inz. 66-72, nrs. 118-128). Onze drie stappen benutten het instrument dat de wetgever de Raad van State heeft gegeven : administratieve rechtshandelingen vernietigen in combinatie met de onverbrekkelijk daarmee verbonden beweegredenen.

Paul LEWALLE ziet een injunctiemogelijkheid in de bevoegdheid van de Raad van State om een dwangsom op te leggen:

*"Pareille compétence implique, nous semble-t-il, le pouvoir d'enjoindre de prendre "une nouvelle décision", un "nouvel acte", ou encore, de s'abstenir" (1408).*

Hij heeft reeds eerder op het onderscheid tussen injunctie en reformatie <sup>(1409)</sup> gewezen : de injunctie is slechts een bevel om iets te doen of niet te doen en ze kan worden beschouwd als een recht om dit bevel te geven dat inherent is aan de jurisdictionele functie ; reformatie is de beslissing nemen, en dit hoort het bestuur toe <sup>(1410)</sup>. Althans in het Belgische rechtssysteem is dit zo, de Nederlandse administratieve rechter kan in bepaalde gevallen zelf de beslissing in plaats van de overheid nemen <sup>(1411)</sup>.

M. VAN DAMME is van oordeel dat de Raad van State in zijn vernietigingsrrest geen injuncties kan geven aan het bestuur wat het te verlenen rechtsherstel betreft, noch zelf de vernietigde beslissing kan hervormen en dat procedurele middelen zoals die gelegen in de complementaire vordering tegen een impliciete weigering, evenmin als (...) de dwangsom, dat vermogen <sup>(1412)</sup>.

Maar I. OPDEBEEK vindt ter zake zowel aanknopingspunten in de schorsingsbevoegdheid als in de bevoegdheid om voorlopige

---

<sup>1408</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, 979.

<sup>1409</sup> P. LEWALLE, « L'autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in G. DE LEVAL, P. LEWALLE, en M. STORME, (ed.), *Het interdisciplinair geschil - Le contentieux interdisciplinaire, o.c.*, 214- 219 ; zie bijvoorbeeld ook S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 444, nrs. 252-253.

<sup>1410</sup> P. LEWALLE, « L'annulation des actes et règlements administratifs par le Conseil d'Etat. Conséquences », *Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par le Conférence Libre du Jeune barreau de Liège* ; zie ook *Contentieux administratif, o.c.* 979-980.

<sup>1411</sup> Zie randnr. 378.

<sup>1412</sup> M. VAN DAMME, *Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, in Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, o.c.* 136, nr. 30.

maatregelen op te leggen als in de dwangsom : „Een rechterlijke uitspraak waarin de schorsing van een administratieve rechtshandeling wordt bevolen is immers een bevel aan de administratieve overheid.” Wat de bevoegdheid betreft om voorlopige maatregelen te bevelen, is zij van oordeel dat de Raad van State „duidelijk een formele injunctiebevoegdheid heeft” en dat ten slotte een dwangsom kunnen opleggen „zonder voorafgaande veroordeling(...) ondenkbaar is en in de R.v.St.-wet wordt vermeld dat de Raad van State, naar aanleiding van een verzoek tot het opleggen van een dwangsom, een bevel kan geven aan de overheid tot het intrekken van een beslissing” (<sup>1413</sup>).

S. LUST meent dat de Raad van State niet over injunctiebevoegdheid beschikt in het geval dat hij uitspraak doet met toepassing van artikel 14 R.v.St.-wet. Wel neemt zij aan dat enerzijds artikel 36 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een „beperkte injunctiebevoegdheid” inhoudt (<sup>1414</sup>) waar hij de overheid een bevel kan geven, onder verbeurte van een dwangsom, de beslissingen in te trekken die zij zou hebben genomen met schending van de uit het annulatiearrest voortvloeiende onthoudingsplicht en anderzijds de injunctiebevoegdheid bestaat indien de dwangsom wordt gevraagd als sanctie voor het uitblijven van een nieuwe handeling die nochtans moet volgen op het annulatiearrest. Zij stelt :

„Maar ook ingeval de dwangsom wordt gevraagd ter sanctionering van het uitblijven van een nieuwe handeling die nochtans moet volgen op het annulatiearrest, heeft de Raad van State een injunctiebevoegdheid. Dit volgt alleen reeds uit de aard van de figuur zelf van de dwangsom, die steeds accessoir is aan een „hoofdveroordeling”. Een dwangsom wordt opgelegd voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan. Het bestaan van een dergelijke hoofdveroordeling is dan ook een *conditio sine qua non* opdat een dwangsom zou kunnen worden opgelegd. De Raad van State mag en moet de overheid het bevel geven om deze handelingen te stellen die nodig zijn opdat het gezag van

---

<sup>1413</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 68-69, nr. 122.

<sup>1414</sup> LUST, S., „De Raad van State en de dwangsom, Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest A.S.L.B. Ligue Royale belge pour la protection des oiseaux nr. 55.155, 13 september 1995”, *R.W.* 1996-97, pnt. 16, vn. 23.

gewijsde van het annulatiearrest zou worden geëerbiedigd en de wettigheid zou worden hersteld en waaraan de veroordeling tot betaling van een dwangsom wordt gekoppeld, rekening houdend met de beperkingen die de Grondwet stelt aan deze injunctiebevoegdheid. De Raad mag hierbij uiteraard geen maatregelen tot herstel van de wettigheid bevelen die verder reiken dan het dictum van het betreffende annulatiearrest en die buiten zijn bevoegdheid vallen (...)” (<sup>1415</sup>).

#### F. MODERNE schrijft :

*“L’astreinte est précisément destinée à sanctionner l’injonction qu’elle inclut nécessairement. Si l’on préfère, infliger une astreinte n’est pas adresser une injonction autonome(...) à l’administration ; c’est l’avertir de la sanction à laquelle (elle) s’expose si elle ne défère pas à l’injonction. La plupart des auteurs de droit public(...) admettent cette analyse »* (<sup>1416</sup>).

We keren terug naar P. LEWALLE die zich, net als D. PATART (<sup>1417</sup>) bovendien afvraagt of het injunctierecht niet het logisch en noodzakelijk gevolg is van het recht om te vernietigen : *„la compétence du Conseil d’Etat, ne contient-elle pas le pouvoir d’enjoindre ? Annuler, n’est-ce pas aussi, n’est-ce pas par là-même ordonner ?* Hij stelt verder : *“Surtout, bien que le Conseil d’Etat Belge veille à dissocier l’autorité de chose jugée de l’arrêt d’annulation et l’injonction, celle-ci est apparue, progressivement, dans la jurisprudence, avec une netteté croissante. Mais elle a donné lieu (...) à une difficulté majeure (...)”* (<sup>1418</sup>). Hij verwijst naar het arrest DEFOSSEZ (<sup>1419</sup>) dat oordeelt dat een arrest van de Raad van State geen injunctie aan de overheid inhoudt. Wanneer de overheid geen

---

<sup>1415</sup> S. LUST, “Dwangsom. Commentaar bij artikel 36 R.v.St.-wet” in X, *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, o.c. 249-278 (272). Zie voor een uitvoering bespreking van de rechtsfiguren “injunctie” en “hoofdveroordeling”, J. HERBOTS, “Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het contractenrecht”, *T.P.R.*, 1983, 1049-1098 ; zie ook S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c. 373 nr. 205.

<sup>1416</sup> F. MODERNE, “Etrangère au pouvoir du juge, l’injonction, pourquoi le serait-elle ?”, *Rev. Fr. Droit adm.* 1990, 801-807 (801).

<sup>1417</sup> D. COORPATTART, “L’astreinte judiciaire et l’astreinte devant le Conseil d’Etat », *Ann.dr.Louvain*, 1998, 79-112 (93).

<sup>1418</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 975.

<sup>1419</sup> R.v.St. nr. 33.925, DEFOSSEZ, 6 februari 1990.

gevolg verleent aan de vernietiging of de vernietigde handeling opnieuw en op wettige wijze stelt, is dit het gevolg van een verplichting die verbonden is aan het gezag van gewijsde van het annulatiearrest.

M.-A. FLAMME (<sup>1420</sup>) is, naar het ons voorkomt, zeer terecht van oordeel dat de klassieke theorie over het injunctierecht „op geen enkele formele tekst berust, noch op enige logische noodzaak, maar eerder een soort van „fatalité naturelle" is, namelijk de onmacht van de rechter om het bestuur te dwingen zijn bevelen uit te voeren" (<sup>1421</sup>).

J. VANDE LANOTTE bevindt het mèer dan een decennium terug „opmerkelijk dat het sinds een aantal jaren een feit is dat de gewone rechter in kort geding de overheid tot een bepaalde handeling kan dwingen maar dat voor de administratieve rechter zelfs het principe van een dergelijk injunctierecht - afgezien van eventuele waarborgen waarin zou worden voorzien - nog steeds taboe is" (<sup>1422</sup>).

Rond diezelfde tijd verwijst F. MODERNE naar de vaak door J. RIVERO gehanteerde formule : „Si le juge administratif s'interdit ce qu'il considère comme une immixtion dans l'action administrative, c'est donc en vertu d'une autolimitation, non d'un impératif extérieur à sa volonté" (<sup>1423</sup>). Hij beaamt de geciteerde conclusie van J. VANDE LANOTTE (<sup>1424</sup>) en noemt het injunctieverbod „passablement mythifiée dès le départ et ainsi devenue une sorte de „tabou" qui tire apparemment sa légitimité de sa répétition rituelle" (<sup>1425</sup>).

---

<sup>1420</sup> M.A. FLAMME, "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration", J.T. 1972, 417.

<sup>1421</sup> Wij hanteren de "vertaling" van M.-A. FLAMME door A. VAN OEVELEN, l.c., kol. 1420, vn. 24.

<sup>1422</sup> J. VANDE LANOTTE, "De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden : een docudrama", R.W. 1989-1990, 571-572.

<sup>1423</sup> F. MODERNE, l.c., 803.

<sup>1424</sup> F. MODERNE, l.c., 807.

<sup>1425</sup> Idem, 809.



Reeds in het arrest VAN LANTSCHOOT (<sup>1426</sup>), het zij beklemtoond, heeft de Raad van State overwogen, in antwoord op het verweermiddel volgens hetwelk de Raad van State onbevoegd is om het bestuur te bevelen verzoeker met terugwerkende kracht te bevorderen,

*„dat de wetten op de Raad van State de afdeling administratie inderdaad niet bevoegd hebben gemaakt om een administratieve overheid te bevelen enige handeling van bestuur te verrichten (<sup>1427</sup>) of om zelf een eigen beslissing in de plaats te stellen van een onrechtmatige overheidsbeslissing of overheidsonthouding maar dat zulks niet de strekking is van een vernietigingsarrest, noch wanneer een door het bestuur besliste wijziging van de rechtsorde wordt teniet gedaan, noch wanneer een weigering of zelfs een eenvoudige onthouding een wijziging in de rechtsorde aan te brengen als vormende een onrechtmatige vaststelling van de afwezigheid van enig recht of verplichting, nietig wordt verklaard“.*

Ook waar in het arrest BRACKE (<sup>1428</sup>) de overheid de verplichting opgelegd krijgt zo spoedig mogelijk een buitengewone examentijd te openen, verzoekende partij mondeling over een bepaald vak te ondervragen en zijn examenresultaat in functie daarvan opnieuw te bepalen, behelst het geen "injunctions" maar het uitleggen wat de vaststelling van de onrechtmatigheid voor praktisch gevolg heeft en hoe het bestuur daaraan kan tegemoet komen : de beslissing blijft in dat geval bij het bestuur (<sup>1429</sup>) ; hetzelfde geldt voor de zaak ZOETE (<sup>1430</sup>)

---

<sup>1426</sup> R.v.St. nr. 11.533, VAN LANDSCHOOT, 1 december 1965. Zie verder ook M.A. FLAMME : *"L'annulation d'une décision négative (généralement un refus) ne vaut pas autorisation, même si la décision à prendre comme suite logique de l'annulation s'impose d'elle-même, (...) l'annulation crée simplement à charge de l'administration le devoir juridique de prendre l'acte qui lui était demandé"* (l.c., 1972, nr. 23, 439).

<sup>1427</sup> Het zij beklemtoond dat sinds de Raad van State de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom en tot het opleggen van voorlopige maatregelen heeft gekregen, hij onder bepaalde omstandigheden wel het wettelijk recht heeft te bevelen dat een bepaalde beslissing zou worden genomen.

<sup>1428</sup> R.v.St. nr. 20.324, BRACKE, 13 mei 1980, laatste overw., R.W. 1981-82, 484, noot W. VAN NOTEN.

<sup>1429</sup> Zie ook P. DEJAEGERE : *"Volgens CHEVALIER is de mogelijkheid van de administratieve rechter om injuncties tot het bestuur te richten niet in strijd met het principe dat de rechter "ne peut faire acte d'administrateur"*.

en voor de zaak DE LEYE (<sup>1431</sup>) waarin de Raad van State oordeelt dat de examencommissie ter uitvoering van het arrest verplicht is zo spoedig mogelijk de procedure die het onderzoek en de beoordeling van de verhandeling van verzoekster als voorwerp heeft, correct over te doen om dan, aan de hand van de eventueel verbeterde beoordeling, over het toekennen van het diploma te beslissen.

De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap oordeelt dat de rechterlijke uitspraak efficiënt moet zijn en de nationale rechter ertoe gerechtigd is een injunctie tot het bestuur te richten opdat het een beslissing zou nemen waarop de geadministreerde in toepassing van het gemeenschapsrecht recht heeft. Dit geldt luidens die rechtspraak ook als de nationale regelgeving zich daartegen zou verzetten (<sup>1432</sup>).

376. De voldragen "injunctie"-mogelijkheden van de Nederlandse en de Franse administratieve rechter zijn sinds enige jaren een feit en het is aangewezen de Belgische rechter dezelfde wettelijke mogelijkheden te verschaffen. Daartoe worden hierna kort het Nederlandse en het Franse systeem belicht.

# 1. NEDERLAND

377. In Nederland (<sup>1433</sup>) kan de rechter bij grondverklaring van het beroep ook de naleving van zijn

---

*Zonder twijfel wordt de bewegingsvrijheid van het bestuur kleiner wanneer het gedwongen wordt een rechterlijke uitspraak binnen een bepaalde termijn uit te voeren. Zijn bevoegdheid is weliswaar gebonden maar het blijft het bestuur dat optreedt en niet de rechter. (...)" ("De bestuurlijke dwangsom : het Franse voorbeeld", T.B.P. 1990, 631-642 (634). Wij herhalen hier ons oordeel dat het gebonden zijn alsdan voortspuit uit de rechterlijke uitspraak en niet uit de aard van de bevoegdheid waarbinnen de overheid optreedt op grond van de tekst die de bevoegdheid in dat geval regelt.*

<sup>1430</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>1431</sup> R.v.St. nr. 23.572, DE LEYE, 13 oktober 1983.

<sup>1432</sup> F. MODERNE, *l.c.*, 134.

<sup>1433</sup> De uitspraakbevoegdheden zijn vastgelegd in de artikelen 8:72 tot en met 8:76 van de Algemene wet bestuursrecht(AWB) ; zie A.Q.C. TAK, *Hoofdpijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink

uitspraak afdwingen. POLAK wijst erop dat het de ontwerpers van de Algemene Wet Bestuursrecht voor ogen heeft gestaan dat de rechtbank over een breed scala van bevoegdheden moet beschikken om de haar voorgelegde rechtsstrijd effectief te kunnen beslechten en dat, zo enigszins mogelijk, de gevoerde procedure een definitief resultaat moet opleveren. Een vernietiging, aldus de auteur, waarmee de justitiabele niets opschiet, moet zoveel mogelijk worden vermeden (<sup>1434</sup>).

De Nederlandse rechter kan het bestuur de opdracht geven een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de rechterlijke uitspraak en kan daartoe een termijn stellen (<sup>1435</sup>). De memorie van toelichting gebruikt daartoe de woorden „zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is“ (<sup>1436</sup>). De uitspraak kan bovendien aangeven dat zolang het bestuur er niet aan voldoet, de door de rechter aangewezen rechtspersoon aan een eveneens door hem aangewezen partij een dwangsom verbeurt (<sup>1437</sup>). Die mogelijkheid bestaat evenzeer ingeval het bestuur in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid handelt. Mocht de rechtbank in eerste instantie hebben afgezien van het gebruik van deze bevoegdheden en voert het bestuursorgaan de uitspraak niet binnen een redelijke termijn uit, dan zal de belanghebbende beroep bij de rechtbank kunnen instellen tegen een onrechtmatige fictieve weigering tot beslissen. Na vernietiging

---

Zwolle 1995, 479 pp. ; F.A.M. STROINK, *Kern van de bestuursrechtspraak*, Den Haag, 1997 ; -, *Algemeen bestuursrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998 ; P.J.J. VAN BUUREN en J.M. POLAK (m.m.v. T.C. BORMAN), *Algemene wet bestuursrecht*, Tekst en commentaar, Tweede druk, Kluwer-Deventer, 2001, 205 pp. ; zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de mogelijkheden om de uitvoering van annulatiearresten te verzekeren, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c. 533-540.

<sup>1434</sup> P.J.J. VAN BUUREN en J.M. POLAK (m.m.v. T.C. BORMAN), o.c. 281. Zie ook M. SCHREUDER-VLASBLOM, *De algemene wet bestuursrecht. Het bestuursprocesrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 259 pp., gerecenseerd door S. LUST, *R.W.* 1996-97, 934-936.

<sup>1435</sup> Artikel 8:72, vierde en vijfde lid, AWB ; ook bijvoorbeeld vermeld door P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c. 534 nr. 340.

<sup>1436</sup> POLAK, o.c., 287.

<sup>1437</sup> Zie verder ; artikel 8:72, zevende lid AWB.

daarvan kan nog een termijn worden gesteld, versterkt met een dwangsom (<sup>1438</sup>).

378. Art. 8:72, vierde lid van de Algemene Wet Bestuursrecht, verleent de administratieve rechter de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien. In dit geval treedt de rechterlijke uitspraak, ambtshalve of op verzoek van partijen, in de plaats van het vernietigde besluit of gedeelte daarvan ; de voorwaarde hiertoe is dat er rechtens maar één beslissing mogelijk is. Zelfs indien de overheid over geen keuze beschikt terzake het nemen van een beslissing, is de administratieve rechter zeer terughoudend in het zelf voorzien in de zaak (<sup>1439</sup>). Gelet op de traditie van de rechterlijke toetsing zoals die in Nederland bestaat, werd er geen gevaar bespeurd dat de rechter deze uitspraakbevoegdheid zou aangrijpen om feitelijk de positie van het bestuur in te nemen (<sup>1440</sup>).

A.J. BOK wijst erop dat het zelf in de zaak kunnen voorzien, een veel krachtiger instrument is dan een rechterlijk bevel zoals in Frankrijk mogelijk is op grond van de wet van 8 februari 1995 (<sup>1441</sup>) ; A.Q.C. TAK is van oordeel dat hierdoor, althans in theorie, de rechter de machtigste van alle staatsorganen is geworden : doordat per 1 januari 1999 zelfs de wettelijke voorschriften en beleidsregels onder zijn vernietigings- en herbeslissingsbevoegdheid vallen, zijn de traditionele *trias politica* alle in één hand verenigd (<sup>1442</sup>).

---

<sup>1438</sup> POLAK, o.c. 287.

<sup>1439</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J.BOK, o.c., 72 ; F.A.M. STROINK, *Algemeen Bestuursrecht*, o.c., 158 ; A.Q.C. TAK, o.c., 322. Zowel F. STROINK als R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J. BOK geven als voorbeeld een zaak met betrekking tot een bouwvergunning waarin de rechter heeft gewezen op het feit dat toepassing moest worden gemaakt van een wettelijke norm betreffende redelijke eisen van welstand wat beoordelingsvrijheid impliceert (F.A.M. STROINK, *Algemeen Bestuursrecht*, o.c., 1997, 159).

<sup>1440</sup> POLAK, o.c., 287.

<sup>1441</sup> B.W.N. DE WAARD, A.J. BOK, P.C. GILHUIS, o.c., 48, voetnoot 120.

<sup>1442</sup> A.Q.C. TAK, o.c., 322-323.

De filosofie achter deze bevoegdheid is erin gelegen dat ingeval de uitspraak van de rechter precies bepaalt hoe de bestuursbeslissing moet luiden, de rechter ze net zo goed meteen zelf kan nemen ; terugverwijzing naar het bestuur levert alleen maar tijdverlies op. Een ruimer gebruik van de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien wordt bepleit voor zover het uiteraard een gebonden bevoegdheid behelst <sup>(1443)</sup>. Deze bevoegdheid zou door de Belgische Raad van State kunnen worden aangewend ingeval de impliciete weigeringsbeslissing wordt vernietigd bij gebonden bevoegdheid <sup>(1444)</sup>.

Een mogelijkheid om een efficiënter geschillenbeslechting te bereiken waarbij de bezwaren van rechterlijk zelf voorzien niet spelen, wordt in Nederland voorgesteld door Ben SCHUELER <sup>(1445)</sup>. In zijn opvatting zou de rechter, indien hij in de loop van het geschil tot de overtuiging komt dat het bestreden besluit onrechtmatig is, dit bij een tussenuitspraak moeten vernietigen waarna de zaak wordt aangehouden om het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen een vervangend besluit te nemen. Nadat het vervangend besluit is genomen, wordt de zaak heropend en kan er gedebatteerd worden over dat besluit. Vervolgens kan de rechter tot zijn eindoordeel komen.

Een tweede bezwaar - naast de vrees in de plaats van het bestuur te treden - tegen een te ruim gebruik van de bevoegdheid om zelf te voorzien, is dat belangen van derden die niet (meer) aan de procedure deelnemen, aangetast kunnen worden <sup>(1446)</sup>.

---

<sup>1443</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming*, o.c., 350 nr. 696.

<sup>1444</sup> Zie over het rechtsherstel na een arrest dat ook de impliciete weigeringsbeslissing heeft vernietigd in zulkdanige bevoegdheid vanaf randnr. 308.

<sup>1445</sup> B.J. SCHUELER, *Vernietigen en opnieuw voorzien, Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994.

<sup>1446</sup> R.J.G.M. WIDDERSHOVEN en A.J.BOK, *l.c.* 72.

379. De Nederlandse bestuursrechter kan tevens het bestuur op grond van artikel 8:73 van de Algemene Wet Bestuursrecht veroordelen tot vergoeding van de schade, geleden door het onrechtmatig overheidsbesluit. Zoals eerder aangegeven (<sup>1447</sup>) kan de bestuursrechter die veroordeling overlaten aan de civiele kamer en ook de burger kan besluiten zich voor schadevergoeding te wenden tot de civiele kamer van de rechtbank.

De Belgische administratieve rechter beschikt derhalve over beduidend minder mogelijkheden dan de Nederlandse of de Franse.

## 2. FRANKRIJK

380. Wat de Franse administratieve rechter betreft, betekent de wet van 8 februari 1995 met betrekking tot de rechterlijke organisatie en de burgerlijke, strafrechterlijke en administratieve procedure (<sup>1448</sup>) volgens J.P. COSTA het einde van het verbod voor de administratieve rechter om een injunctie aan het bestuur te geven. De rechtsleer was nochtans steeds ook daar van oordeel geweest dat er noch een logische, noch een juridische verklaring bestond voor de onbevoegdheid van de Franse Conseil d'Etat om injuncties te geven en dat het de Conseil d'Etat zelf was die zich een injunctieverbod had opgelegd (<sup>1449</sup>). Deze wet kent de rechter nu in twee gevallen de bevoegdheid toe om een „injonction” te geven :

---

<sup>1447</sup> Zie randnr. 318.

<sup>1448</sup> Wet die de artikelen L. 8-2 en L. 8-3 in de "Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel" invoegt en aan de wet van 16 juli 1980 (met betrekking tot de dwangsom) een artikel 6-1 toevoegt ten behoeve van de Raad van State : "Indien een uitspraak noodzakelijkerwijs meebrengt dat (een beroepsorgaan) een uitvoeringsmaatregel in een bepaalde zin neemt, schrijft het gerecht in diezelfde uitspraak desgevraagd die maatregelen voor, zonodig met termijnbepaling" (J.M. PONTIER en W. KONIJNENBELT "Ontwikkelingen in het Franse bestuursprocesrecht", l.c. 340) ; zie R. DENOIX DE SAINT MARC, B. PACTEAU, C. BOITEAU, M.-A. LATOURNERIE, F. MODERNE en F. SCANVIC, "La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif", RFDA, 1996, 2-77 ; B. ROOZENDAAL, "Doekjes voor het bloeden ; capaciteitsproblemen en wijzigingen in het bestuursprocesrecht in Frankrijk", Best.wet. 1996, 146.

<sup>1449</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c. 70-71, nr. 125 waar zij naar CHEVALLIER, RIVERO en WALINE verwijst. Zie ook P. DEJAEGERE, "De bestuurlijke dwangsom : het Franse voorbeeld", T.B.P. 1990, 631-642 (634).

- indien uit de rechterlijke uitspraak voortvloeit dat het bestuur een handeling met een *bepaalde inhoud* moet verrichten, kan de rechter het bestuur hiertoe een bevel geven, dat eventueel binnen een bepaalde termijn moet worden uitgevoerd

- indien ter uitvoering van de rechterlijke uitspraak een bestuurshandeling moet worden genomen, maar terzake nog een zekere *beoordelingsruimte* van het bestuur bestaat ; hier kan de rechter het bestuur het bevel geven om deze handeling te verrichten, met inachtneming van de uitspraak en binnen een bepaalde termijn. De inhoud van de uitvoeringshandeling blijft ter beoordeling van het bestuur <sup>(1450)</sup>.

De Franse administratieve rechter heeft niet het recht de beslissing te vervangen of haar te hervormen, kan dus geen uitspraak doen die in de plaats treedt van het vernietigde (deel van het) besluit <sup>(1451)</sup> ; wel heeft hij zoals aangehaald sinds 1995 de bevoegdheid om in de uitspraak zelf die over de grond van de zaak statueert :

1° een uitvoeringsmaatregel te bevelen,

2° desgevallend te bepalen binnen welke termijn deze moet zijn totstandgekomen en zelfs

3° daaraan een dwangsom te verbinden.

Voortaan kan dan ook één en dezelfde rechterlijke beslissing van de Conseil d'Etat een geschil beëindigen door het bestuur deze uitvoeringsmaatregelen op te leggen en daaraan een dwangsom te verbinden ; de andere administratieve rechters hebben die bevoegdheid niet <sup>(1452)</sup> <sup>(1453)</sup>.

F. MODERNE analyseert dit grondig in zijn artikel "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?" *l.c.* 801 ; Ook R. CHAPUS, *Droit du Contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 1998, 719.

<sup>1450</sup> B.W.N. DE WAARD, A.J. BOK, P.C. GILHUIS, *o.c.* 48. Zie voor een bespreking van deze injunctiemogelijkheden ook P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *o.c.* 539-540.

<sup>1451</sup> J.M. PONTIER en W. KONIJNENBELT "Ontwikkelingen in het Franse bestuursprocesrecht", *N.T.B.* 1997, 339-350 (341).

<sup>1452</sup> J.P. PONTIER en W. KONIJNENBELT, *l.c.*, 340.

<sup>1453</sup> Het nieuwe artikel L. 8-4 van de „Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel" (C.T.A.-C.A.A.) verleent deze rechtbanken en hoven wel de bevoegdheid om dezelfde procedure toe te passen

Wat de toepassing van de wet van 8 februari 1995 aangaat, blijkt dat door de rechter vooral bevelen worden gegeven indien het bestuur een handeling met een bepaalde inhoud moet nemen en laat de rechtspraak uiterst zelden een bevel zien om een - niet nader gespecificeerde - uitvoeringshandeling met inachtneming van de uitspraak te verrichten. Mr. A.J. BOK stelt dat de gedachte kennelijk is - zoals vanouds - dat het bestuur ook zonder een dergelijk bevel, aan de uitspraak van de rechter wel uitvoering zal geven ook al was deze wet, naar Franse opvattingen „een kleine revolutie“ en had zij in de woorden van CHAPUS „*tourné une page de l'histoire du régime du contentieux administratif*“ (<sup>1454</sup>).

### § 9. Zolang het alleen in de overwegingen staat, is het beslist geen bevel

381. Te beklemtonen valt dat het in het determinerend (<sup>1455</sup>) motief van het arrest verduidelijken welke beslissingen kunnen of moeten worden genomen om aan het arrest te voldoen, geen bevel is. Het arrest doet overigens de rechtsplicht niet ontstaan, het stelt de rechtsplicht vast : het effect van de vernietigingsgrond in acht genomen, vestigt de vernietiging die rechtsplicht (<sup>1456</sup>).

---

als de Conseil d'Etat voorheen bezat in verband met de klacht van een verzoeker teneinde de uitvoering van een uitspraak te verkrijgen ; in dit geval kunnen de administratieve rechtbanken en de hoven (de oprichting van deze „Cours administratives d'appel“ is van vrij recente datum : er werden er 5 geïnstalleerd in 1989 (Parijs, Bordeaux, Lyon, Nancy en Nantes) en 2 in 1995 (Marseille en Douai) (M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 64)) desgevallend een dwangsom opleggen, zelfs ambtshalve. Indien hoger beroep is ingesteld, wordt de vraag tot uitvoering gericht tot de beroepsrechter. Er zou derhalve kunnen gesteld worden dat er nu ook bij de hoven en rechtbanken een soort „sections du rapport“ zijn ; ten minste dat een andere organisatie tot stand kwam die tot meer specialisatie kan leiden.

<sup>1454</sup> B.W.N. DE WAARD, A.J. BOK, P.C. GILHUIS, o.c., 48.

<sup>1455</sup> Het gezag van gewijsde strekt zich niet uit tot de niet-determinerende motieven (R.v.St. nr. 40.703, S.P.R.L. Apotheek parfumerie OPTIMA WESTENDE EN BAEYAERT, 12 oktober 1992).

<sup>1456</sup> R.v.St. nr. 19.618, VAELEN, 14 mei 1979 ; R.v.St. nr. 19.619, COOLEMAN, 14 mei 1979.



Indien de rechtsplicht door de vernietiging also "gevestigd" wordt (<sup>1457</sup>), waarom die grote vrees om dit ook in het dictum te schrijven ? Is een aanwijzing voor de overheid die in de overwegingen van het arrest staat, aanwijzing om een handeling te stellen, dan geen injunctie en een vernietiging van een in het verleden gepleegde onthouding om iets te doen wel een injunctie ? Daaruit ook zou het verschillend gewicht dat aan overwegingen en dictum wordt gehecht, blijken. De administratieve rechter schrikt er over het algemeen niet voor terug in de overwegingen te schrijven hoe de overheid zich had moeten gedragen en hoe daaruit toekomstig gedrag voortvloeit. De terughoudendheid komt boven indien dat "besloten" moet worden. De Raad wil wel nietigverklaren, maar die nietigverklaring zou er niet (te snel) mogen toe leiden dat de handelingsruimte van de overheid verminderd wordt. Toch kan het willekeurige uit de feiten blijken met een evidentie die geen redelijk denkend mens toelaat daar nog aan te twijfelen : zo bijvoorbeeld in de zaken VAN DEN ABEELE (<sup>1458</sup>) en BOURGEOIS (<sup>1459</sup>).

***AFDELING 2 : Zonder vermelding van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum komt het voor dat de overheid niet naar behoren uitvoert***

382. Een sterk voorbeeld daarvan is, zoals gebleken, de zaak VOLDERS (<sup>1460</sup>). De vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing was niet opgenomen in het dictum, alleen

---

<sup>1457</sup> Het arrest vestigt rechtsgevolgen krachtens het *declaratief effect* van de onthoudings- of prestatieverplichtingen die op de overheid blijvend rusten (R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980). Zie ook uittreksel uit het verslag van (toenmalig) auditeur J. LUST voor R.v.St. nr. 43.737, DRIESSENS, 7 juli 1993, T.B.P. 635-638 (635).

<sup>1458</sup> Vanaf randnr. 256.

<sup>1459</sup> Vanaf randnr. 307.

<sup>1460</sup> R.v.St. nr. 25.159, VOLDERS, 26 maart 1985 en R.v.St. nr. 32.741, Verzoek van Paulus VOLDERS tot interpretatie van het arrest nr. 25.159 van 26 maart 1985, 13 juni 1989.

in de overwegingen en dat die beslissing toch vernietigd was, werd door de overheid halsstarrig niet aangenomen. In dat verband kan worden aangehaald dat verzoekende partijen soms aan de Raad van State hebben gevraagd op de mogelijke verwarring bij de uitvoering door de tegenpartij te anticiperen <sup>(1461)</sup> .

383. De administratieve rechter oordeelt bij gebonden bevoegdheid - en enige malen deed hij dat bij discretionaire bevoegdheid - dan ook terecht dat hij - ook al is het niet zo juridisch noodzakelijk - toch best, bij een gegrond beroep, de vernietiging van de impliciete weigering uitdrukkelijk in het dictum van zijn arrest opneemt. J. LUST pleit daarvoor, stellend dat een verzoeker daar belang bij heeft ook al kan hij geen rechtsplicht aanvoeren om hem te benoemen <sup>(1462)</sup> .

---

<sup>1461</sup> Op de vraag van een verzoeker om een formele vernietiging antwoordt de Raad van State dat hij daar niet op ingaat precies om te vermijden dat de verwerende partij daar iets anders zou in lezen dan wat ermee wordt bedoeld en dat hij dus voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer, het beter oordeelt dat hij de vaststelling van wat verzoekende partij in rechte krijgt, in het overwegend gedeelte en niet in het dictum van zijn arrest doet. Ook al is een besluit rechtens overbodig, het kan met het oog op de duidelijkheid in het rechtsverkeer nodig zijn het te vernietigen. Zodoende geeft de Raad van State te kennen dat om aan het besluit iedere rechtskracht te ontfangen, een formele vernietiging niet noodzakelijk is (R.v.St. nr. 36.431, PEETERS, 12 februari 1991). In de zaak HAENTJES vraagt verzoeker dat de bestreden beslissing, hoewel impliciet ingetrokken, toch vernietigd zou worden "omwille van de niet hypothetische mogelijkheid tot verwarring bij tegenpartij". De Raad van State gaat niet op die vraag in, om dezelfde reden en oordeelt "dat de gevraagde formele vernietiging (...) de verwerende partij er zou kunnen toe brengen te stellen dat aangezien slechts één weigering tot afwijking formeel is vernietigd, verzoeker geacht moet worden maar één afwijking te hebben gekregen ; dat het dus voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer beter is dat de Raad, zij het dan maar in het overwegend gedeelte en niet in het dictum van zijn arrest, vaststelt dat de drie tijdelijke aanstellingen (...), het verlenen van drie afwijkingen impliceren" (R.v.St. nr. 32.379, HAENTJENS, 18 april 1989).

<sup>1462</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 130, vn. 71. De auteur geeft als algemene regel dat een verplichting tot herbeslissen voor de overheid bestaat, telkens de Raad van State een besluit vernietigt waarmee de overheid heeft voldaan aan een verplichting tot het nemen van een beslissing (Noot bij R.v.St. nr. 59.152, VAN ROMPUY, 24 april 1996, "Wanneer kan de overheid, na de vernietiging van een beslissing die binnen een vervaltermijn moet worden (en is) genomen, een nieuwe beslissing nemen ?", T.Gem 1997/1, 106).

384. De Raad van State erkent wel dat dit het voordeel heeft dat hij *ondubbelzinnig te kennen geeft* dat de overheid *verplicht* is zich opnieuw uit te spreken over verzoekers aanspraken op benoeming. Op een efficiëntere wijze dan door de enkele vernietiging van de benoeming, ook al is de impliciete weigeringsbeslissing impliciet in die vernietiging begrepen (<sup>1463</sup>). De herbeoordeling waartoe de Raad van State verplicht, sluit niet de plicht in om verzoekende partij te benoemen : het is over dat punt dat onduidelijkheid kan bestaan.

De overheid zal er ongetwijfeld bij vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum - van de twee soorten impliciete weigeringsbeslissingen zoals ze worden aangegeven (<sup>1464</sup>) - vlugger toe overgaan de verdiensten van de geweerde te onderzoeken in het licht van de overwegingen van het arrest dan in het geval waarbij enkel in die overwegingen staat dat de reden waarom verzoekende partij werd geweerd niet deugdelijk is.

385. Zoals bijvoorbeeld bleek uit de houding van Minister VRANCKX in de zaak RONDAS (<sup>1465</sup>), is het slechts de vernietiging in het dictum van het arrest die de overheid de zekerheid verschaft dat ze mag handelen ; ze leest het enkel dan als een verplichting tot handelen. De opname in het dictum verschaft ook vanuit het onder deze afdeling behandelde gezichtspunt, onmiskenbaar de grootste garantie op rechtsherstel, groter dan een expliciete vraag van de Raad van State in de overwegingen van het arrest om de verzoekende partij te benoemen. Dat laatste doet de Raad van State overigens maar uitzonderlijk, maar dan wel zeer duidelijk. Bij wijze van voorbeeld kan het arrest COLMAN worden aangehaald, waarin de Raad van State een bevorderingsplicht met een terugwerkende kracht van zeven jaar in deze bewoordingen overweegt :

---

<sup>1463</sup> R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1988.

<sup>1464</sup> Zie de onderscheiden fases o.m. in het overzicht aangegeven onder randnr. 395. Voor de duidelijkheid : Sommige rechtspraak van de Raad van State is recentelijk onmiddellijk naar de derde fase overgegaan, maar koppelt de reikwijdte van de vernietiging van de weigering te benoemen aan de determinerende motieven, zie vanaf randnr. 401.

<sup>1465</sup> R.v.St. nr. 15.246, RONDAS, 24 maart 1972.

"... 3.3. (...) dat de eerste verwerende partij geen rechtsgeldige reden had om verzoeker de bevordering waar hij aanspraak op maakte te weigeren; dat blijkt dat de betrekking waarvan het vacant zijn verzoekers bevordering mogelijk maakte, met ingang van 1 april 1980 vacant was; dat uit de consideransen van het besluit van 9 oktober 1981 van de gemeenteraad blijkt dat voor die raad de enige reden waarom die betrekking met ingang van die dag, 1 april 1980, niet werd toegewezen, hierin lag dat de tussenkomen partij er als de rechtmatige maar niet onmiddellijk benoembare kandidaat voor werd beschouwd; dat die enige reden rechtens waardeloos is nu gebleken is dat verzoeker de rechtmatige kandidaat was; dat bijgevolg niets zijn bevordering met ingang van 1 april 1980 in de weg bleek te staan; dat derhalve op de eerste verwerende partij ter uitvoering van het onderhavige arrest de rechtsplicht rust niet alleen verzoeker tot korporaal te bevorderen maar bovendien hem te bevorderen met ingang van 1 april 1980" (<sup>1466</sup>).

Een in zulke bewoordingen gesteld arrest laat geen vragen meer over omtrent redenen die de overheid nog zou kunnen aanvoeren. Het is een duidelijke verwoording van hoe de verwerende partij moet handelen en dat kan de correcte uitvoering van het arrest, waardoor een toekomstig geding wordt verhinderd, alleen maar ten goede komen.

Het komt ons voor dat enkel de formele vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing belang heeft voor de rechtzoekende, precies omdat ze rechtsherstel verschaft. Pas door een zodanige vernietiging stelt de Raad van State uitdrukkelijk vast dat de verzoekende partij de benoeming of de aanstelling had moeten krijgen (<sup>1467</sup>).

Dit is nochtans een twistpunt in de rechtspraak. Immers, er is jurisprudentie van de Raad van State (<sup>1468</sup>) die oordeelt dat zodanige formele vernietiging juridisch onnodig is. Die overweging volgt uit het feit dat uit de benoeming van een kandidaat de niet-benoeming van anderen voortspruit. De benoemingsbeslissing impliceert in rechte de

---

<sup>1466</sup> R.v.St. nr. 27.815, COLMAN, 9 april 1987.

<sup>1467</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 32.800, PIRLET, 27 juni 1989 overw. 2.4.

<sup>1468</sup> Tot stand gekomen na het arrest TIBAX nr. 20.599 van 30 september 1980 ; voor voorbeelden zie de volgende voetnoot.

weigeringsbeslissing de andere(n) te benoemen (<sup>1469</sup>). Zoals elke benoeming waarvoor er meer dan één kandidaat is, kan het aangevochten benoemingsbesluit in twee handelingen worden ontleed, te weten een positieve handeling die bestaat in de toekenning van de benoeming aan één van de kandidaten en een impliciete negatieve handeling die bestaat in de weigering om een van de andere kandidaten te benoemen. De vernietiging van de positieve handeling maakt uiteraard ook de daarin besloten negatieve handeling ongedaan, zodat er luidens die rechtspraak in de regel geen reden is om naast de vernietiging van de eigenlijke benoeming ook formeel de vernietiging van de impliciete weigering te vorderen (<sup>1470</sup>). Bij het volgend citaat uit het arrest DE MUYNCK stelt J. STEVENS dat, enerzijds, de vordering tot expliciete schorsing van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen onontvankelijk wordt verklaard en, anderzijds, gesteld wordt dat de schorsing van het benoemingsbesluit de impliciete schorsing inhoudt van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen. Hij zegt dat de

---

<sup>1469</sup> Wanneer verschillende kandidaten zich voor een benoeming aanmelden, impliceert de benoeming van één van hen uiteraard de weigering om de andere kandidaten te benoemen (R.v.St. nr. 43.241, DECAVELE, 8 juni 1993 ; R.v.St. nr. 61.818, CHAU, 18 september 1996 ; R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996 ; R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997 ; R.v.St. nr. 97.947, BRULOOT, 24 juli 2001).

<sup>1470</sup> R.v.St. nr. 38.118, DE SMEDT, 19 november 1991 ; zie ook W. VAN ASSCHE, "Raad van State, Ontvankelijkheid der aanvragen en beroepen wat de persoon van de verzoeker betreft", in : *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Die Keure, Brugge, 1961, 92, nr. 101. Eenzelfde redenering ten aanzien van overheidsopdrachten : de vernietiging van de toewijzingsbeslissing maakt ook de daarin besloten negatieve handelingen, zijnde de impliciete weigeringsbeslissing de anderen de opdracht toe te wijzen, ongedaan. Maar dat is iets anders dan de beslissing om de opdracht niet toe te kennen aan een bepaald persoon ongedaan maken (R.v.St. nr. 40.166, B.V.B.A. J.P. DRAPS en B.V.B.A. POTVLIEGHE-DE MAEYER, 27 augustus 1992, *T.Gem.*, 1993, 334). Zie ook R.v.St. nr. 67.852, N.V. STRUKTON DE MEYER, 29 augustus 1997, *T.B.P.*, 1998, 265, verslag (uittreksel) J. STEVENS, : "Wanneer verschillende kandidaten zich voor een overheidsopdracht aanmelden, impliceert het besluit houdende de gunning van de opdracht aan een van hen de weigering aan een van de anderen de opdracht te gunnen. Daaruit volgt dat wanneer op vordering van een geweerde kandidaat de schorsing of de vernietiging wordt uitgesproken van de beslissing houdende toewijzing van de opdracht, impliciet mede geschorst of vernietigd is de weigering die kandidaat de opdracht te gunnen, ook wanneer die kandidaat daar niet uitdrukkelijk om heeft gevraagd. In dezelfde logische lijn kan van een impliciet mee schorsen of vernietigen geen sprake zijn wanneer de verzoeker uitdrukkelijk te kennen geeft dat hij zich alleen tegen de toewijzing van zijn concurrent keert omdat hij zich neerlegt bij het feit dat hij de toewijzing niet heeft gekregen."

Raad van State zich dus uitspreekt over iets waarvan hij zelf zegt dat het onontvankelijk is (<sup>1471</sup>). Maar wat de Raad van State eigenlijk impliciet schorst, is de weigering om een behoorlijk onderzoek van de kandidatuur van verzoeker te verrichten (<sup>1472</sup>) :

*„wanneer op vordering van een geweerde kandidaat de vernietiging wordt uitgesproken van het benoemingsbesluit op grond van de onrechtmatige miskennen van verzoekers aanspraken, impliceert die vernietiging de vernietiging van de weigering verzoeker te benoemen. Wanneer verschillende kandidaten zich voor een benoeming aanmelden, impliceert het besluit houdende benoeming van één van hen uiteraard de weigering één van de anderen te benoemen. Logischerwijze volgt daaruit dat wanneer op vordering van een geweerde kandidaat de vernietiging of de schorsing wordt uitgesproken van het benoemingsbesluit op grond dat de verzoekende partij onrechtmatig werd geweerd, de vernietiging of die schorsing de vernietiging of de schorsing impliceert van de weigering verzoekende partij te benoemen (<sup>1473</sup>).*

### **AFDELING 3 : Motieven om de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum te vernietigen**

---

<sup>1471</sup> J. STEVENS, noot onder R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997, T.B.P., 1997, 790. Hij vraagt zich af of dit niet contradictorisch is en beëindigt zijn noot met de bemerking dat "Het moeilijke aan het "impliciet mee schorsen of vernietigen van...", nu eenmaal het impliciete is, met zijn kenmerken van onzekerheid en onduidelijkheid". Zoals eerder (vn. 1360) met betrekking tot deze noot geschreven, is de impliciete beslissing in dat arrest geen impliciete weigeringsbeslissing te benoemen.

<sup>1472</sup> Het zij herhaald dat het impliciet mee schorsen of vernietigen van de weigeringsbeslissing niet ipso facto insluit dat de Raad van State van oordeel is dat het de verzoeker is die de opdracht of de benoeming had moeten krijgen. Het gaat om de schorsing of de vernietiging van de weigering om een deugdelijk onderzoek van de aanspraken van de verzoekende partij te doen. Dat de weigering om een behoorlijk onderzoek te doen iets anders is dan de weigering om de opdracht te krijgen, blijkt bijvoorbeeld ook uit de zaken N.V. EGEMIN nrs. 41.243 en 41.244 van 1 december 1992 waarin verzoekende partij de schorsing vordert van de impliciete weigeringsbeslissing haar de opdracht toe te wijzen. De Raad van State antwoordt dat hij op die vordering niet kan ingaan omdat het hem niet toekomt vast te stellen welke offerte als de meest voordelige moet worden beschouwd. De Raad zou de weigeringsbeslissing slechts als de beslissing om de opdracht welbepaald aan verzoekende partij te weigeren kunnen beschouwen, indien de Raad een annulatiemiddel ernstig of gegrond bevindt volgens hetwelk het bestuur de rechtsplicht heeft hoe dan ook aan de verzoeker de opdracht te gunnen.

<sup>1473</sup> R.v.St. nr. 65.344, DE MUYNCK, 19 maart 1997.

**§ 1. Juridisch motief : het vernietigingsmotief heeft slechts gezag voor wat in het dictum van het arrest is begrepen**

386. In de arresten D'HAESELEER e.a. oordeelt de Raad van State dat een vernietigingsmotief dat onverbrekkelijk verbonden is met het dictum van het vernietigingsarrest en daarom deel heeft aan het gezag van gewijsde van dat dictum <sup>(1474)</sup>, dat gezag niet uit zichzelf heeft <sup>(1475)</sup>. Hieruit volgt dat dat gezag niet algemeen geldend is maar enkel werkt in de mate dat het de noodzakelijke steun voor het dictum uitmaakt.

Dit betekent met andere woorden dat het gezag van het vernietigingsmotief enkel geldt voor wat in het dictum is begrepen <sup>(1476)</sup>. De administratieve rechter heeft dit overwogen waar hij moest preciseren wat zijn vernietiging inhield ; het feit dat hij in een annulatiearrest ten aanzien van één personeelslid een weigeringsbeslissing had vernietigd, betekende niet dat personeelsleden die zich in hetzelfde geval bevonden en zich (ook) konden beroepen op het vernietigingsmotief, eveneens gerechtigd waren de overheid een weigeringsbeslissing tegen te stellen. Het beperkt gezag dat het vernietigingsmotief toekomt, gelet op de strekking van het dictum van het arrest, kan geen dwingende grondslag opleveren voor de overheid om in het licht van het vernietigingsmotief de gevallen van alle andere kandidaten te herzien.

Dit vormt het eerste motief om in het dictum ook de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing uit te spreken.

---

<sup>1474</sup> "Naast het beschikkend gedeelte van het arrest, kleeft het gezag van gewijsde tevens aan de motieven die als noodzakelijke grondslag (in de mate dat het dictum de ondersteuning ervan behoeft) van deze dwingende beschikkingen, er niet kunnen van gescheiden worden. Het ene vernietigingsarrest is het andere niet." (M. BOES "Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State" o.c., 1-23). Zie over het gezag van gewijsde randnrs. 76-78.

<sup>1475</sup> R.v.St. nrs. 19.766-19.773, D'HAESELEER, GASTMANS, BAES, BRANTS, DE MEYER, VYNCKE, DE BRAUWER en WALRAVENS, SAERENS, 27 juli 1979.

<sup>1476</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 19.618, VAELLEN en R.v.St. nr. 19.619, COOLEMAN, beide arresten van 14 mei 1979 ; R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980.

387. Het is belangrijk dit te preciseren om de waarde, i.e. de draagkracht van het dictum te onderstrepen. I. OPDEBEEK werpt terecht op : „(...) *De vraag rijst toch wel waarom de Raad van State de overheid niet formeel in het dictum van het vernietigingsarrest mag veroordelen tot het naleven van een bepaalde rechtsplicht* (<sup>1477</sup>).“

Wat de rechtsvraag aangaat naar de noodzaak om tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te besluiten nu de overheid op grond van de vernietiging van de positieve beslissing ertoe gehouden is te volbrengen wat het recht van haar verlangt dat ze beslist, zijn wij van oordeel dat indien in het dictum alleen de vernietiging van een benoeming wordt uitgesproken, het vernietigingsmotief slechts ten aanzien daarvan doorwerkt. Het dictum verandert alsdan de rechtssituatie van diegene wiens begunstigende beslissing werd vernietigd. Het dictum verandert dan niet de rechtssituatie van de verzoeker, ook al wordt in de overwegingen geschreven dat de overheid de benoeming aan hem had moeten geven, of dat zijn verdiensten niet deugdelijk zijn onderzocht of, mèèr nog, duidelijk beter zijn dan de benoemde. Indien in het dictum een weigering om dat te doen ten opzichte van de verzoeker wordt vernietigd, werkt het vernietigingsmotief concreet ter ondersteuning van die specifieke vernietiging. Anders is dat motief wel noodzakelijk maar ook voldoende om de rechtsgrond te verschaffen aan de vernietiging van de benoeming of aanstelling en stopt zijn werking daar. Het ondersteunt het wegnemen van wat de verzoeker schaadt en behoedt hem er in de toekomst voor, het ondersteunt dan niet het nemen van een rechtsherstellende beslissing ten opzichte van verzoeker want het kan maar werken in de mate dat het dictum dat motief behoeft en de vernietiging op zich van een benoeming behoeft als rechtsplicht geen positieve beslissing ten opzichte van de verzoeker. Tenzij de Raad van State dat in het dictum heeft vastgesteld. Dan wordt

---

<sup>1477</sup> OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming...*, o.c., 60-61, nr.108 en 61-62, nr. 111.



het afdwingbaar. Die afdwingbaarheid wordt onder de volgende paragraaf besproken.

## § 2. Het motief dat de vernietiging van de weigering in het dictum na het arrest door een aparte vordering kan worden afgedwongen

388. Nu onder de vorige paragraaf vastgesteld is dat het gezag van het vernietigingsmotief slechts bestaat door het dictum en uitsluitend geldt voor dat dictum, rijst de vraag of uit de vernietiging van de positieve beslissing in het dictum de negatieve beslissing dusdanig blijkt, meer bepaald of ze er in die mate ook juridisch is in begrepen, dat ervan evenzeer een dwang kan uitgaan en eraan dus een dwangvordering kan worden gekoppeld ? Hier is m.a.w. de vraag aan de orde met welke juridische draagkracht het dictum, door de vernietiging van de benoeming, ook de impliciete weigeringsbeslissing vernietigt, indien de overwegingen van het annulatiearrest besluiten dat de verzoekende partij juridisch is miskend ? Alleszins lijkt door de loutere vernietiging van het benoemingsbesluit niet de weigeringsbeslissing te benoemen vernietigd te zijn *als mogelijk voorwerp van een vordering na het annulatiearrest*.

Zoals A. VAN OEVELEN schrijft

*"geldt de vernietiging van een negatieve beslissing, meestal een weigeringsbeslissing, niet als een toelating, ook niet indien de te nemen beslissing noodzakelijkerwijze voortvloeit uit de vernietiging, bijvoorbeeld omdat het om een gebonden bevoegdheid van de overheid ging"* (<sup>1478</sup>).

Indien de Raad van State daarentegen expliciet een bepaalde beslissing in het dictum vernietigt, waardoor een toestand ontstaat die de overheid tot handelen moet aanzetten, kan, indien er geen handelen volgt, daaraan de dwangsom worden gekoppeld bij een nieuw beroep bij de Raad van State.

---

<sup>1478</sup> A. VAN OEVELEN, "Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken ? Enige beschouwingen bij het Cassatiearrest van 23 maart 1984", *l.c.*, 1420.

V. FRANCK-de CALLATAY schrijft dat over de periode 1980-1984, de Raad van State dikwijks vorderingen die tegelijkertijd gericht waren tegen de benoeming en tegen de weigering te benoemen, gegrond heeft bevonden en dat daarover ondervraagd, de administratie van oordeel was dat de vernietiging van de weigering te benoemen in genendele de houding zou wijzigen die wordt aangenomen met betrekking tot de gevolgen van een annulatiearrest, of het nu ging over de aard van de ter uitvoering getroffen maatregelen of over de spoed waarmede ze worden getroffen (<sup>1479</sup>). Doch zoals vastgesteld bij de gevallen aangehaald bij het deel over de vernietiging door de Raad van State van de weigering te benoemen of aan te stellen bij gebonden bevoegdheid, heeft de overheid daardoor wel degelijk haar houding veranderd. Maar de passage van V. FRANCK-de CALLATAY toont ook aan dat het noodzakelijk is aan de weigering om het gezag van gewijsde te respecteren, een dwang te kunnen verbinden en dat is de tweede reden waarom ze apart vernietigd zou moeten worden. Die reden is in de zaak VLAEMINCK duidelijk gebleken. Zonder de vernietiging van de weigering deze verzoeker aan te stellen, ook al houdt deze vernietiging niet in dat er een rechtsplicht is tot aanstelling, had verzoeker VLAEMINCK geen dwangsom kunnen vorderen (<sup>1480</sup>). Zeker had hij zijn dwangsom niet kunnen koppelen aan de rechtsoverwegingen op grond waarvan de vernietiging is geschied want dat waren vormschendingen met betrekking tot een rechtsgrond waarop de aanstellingen die hij bestreed en dientengevolge de te zijnen opzichte genomen impliciete weigeringsbeslissingen waren gebaseerd. Hij zou derhalve op niet het minste rechtsherstel zijn gerechtigd geweest, wat door de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing niet het geval is. Specifiek over die weigering moet de overheid zich dan na het arrest buigen. Zulke arresten houden de waarborg in dat de overheid na de vernietiging zal handelen in overeenstemming met de vernietigingsgrond.

---

<sup>1479</sup> V. FRANCK-de CALLATAY, "L'exécution...", *l.c.* 1-46 (35).

<sup>1480</sup> Op grond van het arrest nr. 109.285, VLAEMINCK van 15 juli 2002 ; de vordering tot het opleggen van een dwangsom is hangend.

### § 3. Uit de praktijk van het overheidshandelen afgeleid motief

389. Overheden leggen, zoals besproken - en naar het voorkomt nog steeds - niet voldoende de band tussen de vernietiging van een benoeming en het vernietigingsmotief dat overweegt dat die benoeming moet worden vernietigd omdat ze ten onrechte niet aan de verzoekende partij is gegeven. Zelfs al zou de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum juridisch onnodig zijn - quod non zoals hiervoor beschreven -, dan toch vragen de noden van de praktijk dit.

Dat kan opnieuw het beste worden aangetoond met eerder geciteerde arresten RONDAS <sup>(1481)</sup> en VOLDERS <sup>(1482)</sup>, waarin de vernietiging van de aanstelling van een andere kandidaat duidelijk geschiedde op de grondslag dat verzoeker die aanstelling had moeten krijgen, maar waarbij de verwerende partijen, zowel de minister als de administratie, slechts verwezen naar het dictum, stellend dat ze tot niets anders gehouden waren dan tot het respecteren daarvan.

De praktijk <sup>(1483)</sup> wijst derhalve uit dat de overheid niet gewillig tot uitvoering van een vernietigingsarrest overgaat zodra zij terecht of ten onrechte de minste twijfel koestert. Die twijfel was er bijvoorbeeld ook na het arrest VAN HOUTTE <sup>(1484)</sup>. De overheid is pas na jarenlange pogingen vanwege de verzoekende partij overgegaan tot uitvoering van wat in de overwegingen van dat arrest stond, met name dat de lokale raad van het Gemeenschapsonderwijs verzoeker moest interviewen en daarna desgevallend voor een benoeming moest voordragen. De Raad van State statueerde dat verzoeker er wel aanspraak kon op maken dat de lokale raad om een dergelijke voordracht werd gevraagd, maar dat zonder die voordracht de verwerende partij

---

<sup>1481</sup> R.v.St. nr. 15.246, RONDAS, 24 maart 1972.

<sup>1482</sup> R.v.St. nr. 25.159, VOLDERS, 26 maart 1985 en R.v.St. nr. 32.741, Verzoek van Paulus VOLDERS tot interpretatie van het arrest nr. 25.159 van 26 maart 1985, 13 juni 1989.

<sup>1483</sup> We herhalen dat ook praktische argumenten in rechte in aanmerking moeten genomen worden.

<sup>1484</sup> R.v.St. nr. 53.911, VAN HOUTTE, 21 juni 1995.

niet de rechtsplicht had verzoeker de gevraagde mutatie te verlenen. Alleen ingeval die rechtsplicht wel zou bestaan, zou het zinvol zijn geweest de impliciete weigering houdende mutatie van de verzoekende partij uitdrukkelijk mee te vernietigen. Maar talrijke verzoeken en jaren wachten waren nodig om te organiseren wat in het arrest was vastgesteld waar verzoeker aanspraak op had : het interview dat het hem mogelijk zou maken te muteren. Ook dit voorbeeld toont aan dat praktisch gesproken nogal wat moeite om de overheid te overtuigen, zou zijn bespaard geweest indien de Raad van State in het dictum van het arrest de weigering verzoeker te muteren had vastgesteld onder de voorwaarde dat hij een gunstige voordracht verwierf.

390. In ons land is men terzake het overtuigen van de overheid aangewezen op het zoeken naar een procedurele oplossing in tegenstelling tot Frankrijk waar de communicatie met de overheid "geinstitutionaliseerd" is. M.L. THOMAS pleitte reeds meer dan een decennium geleden, net zoals I. OPDEBEEK (<sup>1485</sup>), voor de oprichting in België van een gelijkaardige dienst als de dienst „Section du Rapport et des Etudes" bij de Franse Conseil d'Etat :

*„Avant d'enjoindre sous astreinte, à l'administration, d'exécuter un arrêt, il serait certainement plus judicieux de lui offrir la possibilité d'obtenir des éclaircissements sur les modalités de cette exécution. Le requérant qui a obtenu gain de cause et qui devient, dans bien des cas, un requérant amer lorsque, obligé d'affronter seul l'administration, il découvre que „son" arrêt ne tient pas ses promesses, bénéficierait d'une précieuse méditation. Les magistrats pourraient aussi prendre conscience utilement des difficultés d'exécution des décisions qu'ils prononcent et constateraient, peut-être, que le*

---

<sup>1485</sup> Ook zij vindt het "betreurenswaardig dat de Raad van State-wet alleen werd hervormd vanuit het oogpunt van de sanctionering van het stilzitten van het bestuur en dat er geen aandacht werd besteed aan de preventie van het stilzitten van het bestuur, door, naar het Franse model, een officiële overlegprocedure te organiseren tussen het bestuur en de Raad van State, om de eventuele problemen, die zouden rijzen bij de uitvoering van het arrest, op te lossen." (Rechtsbescherming..., o.c., 451 nr. 884).

*justiciable ne trouve pas toujours son compte dans les arrêts les plus savants"*<sup>(1486)</sup>.

Ook P. LEWALLE betreurt dat in België dit systeem niet wordt ingevoerd :

*"Il faut regretter que le législateur ait sous-estimé les difficultés d'interprétation des arrêts dont il entend cependant garantir l'exécution. Lors de l'élaboration de la loi du 17 octobre 1990, l'occasion lui était pourtant offerte d'instituer, en vue d'éclairer le justiciable et l'administration, un organe analogue à la section du rapport et des études du Conseil d'Etat de France ; on sait que cette section joue un rôle fort utile sur le plan de la consultation et de la conciliation »* <sup>(1487)</sup>.

In dezelfde zin, teneinde naast de complexiteit van bepaalde rechtssituaties, de interpretatiemoeilijkheden terzake rechtspraak te ontwarren verwijst ook R. ERGEC naar de Franse oplossing :

*„L'intervention d'une instance de conciliation, comme la section du rapport et des études du Conseil d'Etat de France, à laquelle peut s'adresser tout administré ou toute administration en proie aux difficultés d'exécution d'un arrêt d'annulation, apparaît, à cet égard, comme une solution originale et convaincante".* <sup>(1488)</sup>.

391. Om een andere reden vraagt V. FRANCK-DE CALLATAY dat een gelijkaardige wettelijke regeling als de Franse, in België zou tot stand worden gebracht, met name opdat de raadpleging tussen het bestuur en de Raad van State niet informeel zou moeten geschieden, zoals dit, naar zij meent, soms het geval is. Zij is van oordeel dat de Belgische gecoördineerde wetten op de Raad van State er niet aan in de weg staan dat de leden

---

<sup>1486</sup> M.L. WILLOT-THOMAS, "Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative - Rapport belge au IV<sup>e</sup> Congrès de l'Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives, tenu à Luxembourg les 15, 16 et 17 juin 1992", A.P. (T) 1992, 71-87 (87).

<sup>1487</sup> P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 533 nr. 339. Zie ook dezelfde auteur, *L'annulation des actes et règlements administratifs*, l.c., 449.

<sup>1488</sup> R. ERGEC, l.c., 18.

van de Raad van State advies geven met betrekking tot de uitvoering van een arrest. De wet verbiedt hen, naar haar mening, enkel advies te geven aan potentiële verzoekers of verzoekers die een geding hangende hebben. Het verbod schijnt niet te gelden voor de gewezen partijen van een geding, stelt zij <sup>(1489)</sup>.

Wel kunnen naar het ons voorkomt, onder meer die partijen opnieuw verzoekers worden zodat aldus de leden van de Raad van State advies zouden hebben verleend met het oog op het aanhangig maken van een nieuw geding bij de Raad van State. Wij zijn van oordeel dat het uitleg verschaffen aan partijen ook na een annulatiearrest, niet in overeenstemming zou zijn met onze gecoördineerde wetten en met het feit dat de rechter niet de motivering van de motivering van het arrest moet geven of toch minstens die motivering niet moet uitbreiden. In Frankrijk, waar hoe dan ook geen wettelijke bezwaren ter zake bestaan, worden de vragen desbetreffend ofwel gesteld door de Minister, ofwel door de belanghebbenden die bovendien grotendeels tegelijkertijd de weigering tot uitvoering hebben aangevochten <sup>(1490)</sup>.

392. De toestand waaraan dit werk wil remediëren, betreft het verhinderen dat een verzoeker die een recht of rechtmatige aanspraken bezit op een benoeming, na een gunstig annulatiearrest, van die benoeming of van het deugdelijk onderzoek van zijn aanspraken, verstoken blijft ; het in Frankrijk bestaande systeem zou in België ongetwijfeld vruchten afwerpen. De Franse Conseil d'Etat heeft een zeer groot moreel gezag en J.P. COSTA schrijft dat er, naast dat prestige en de autoriteit die van een vraag tot uitvoering <sup>(1491)</sup> van de Raad

---

<sup>1489</sup> V. FRANCK-DE CALLATAY, "L'exécution...", *l.c.*, 1-46 (44).

<sup>1490</sup> P. LEWALLE wijst in dat verband ook op de sinds 1 januari 2001 in voege zijnde "Code de justice administrative", *Contentieux administratif*, o.c. 536-537.

<sup>1491</sup> Er wordt door de Franse Raad van State overlegd met de prefecten, met gedeconcentreerde besturen, met de magistraten van de administratieve rechtbanken, met de algemene directie van de lokale besturen, eventueel de rijkswacht. Ook al gebeurt dit informeel, deze contacten worden niet tevergeefs gelegd, aldus J.P. COSTA ("L'exécution...", *l.c.*, 229).

van State uitgaat, ook de bereidheid tot handelen is van het bestuur om reden van de dreiging van de opname van de zaak in het jaarlijks verslag (<sup>1492</sup>).

393. Er schijnt, ook in België, meer onbegrip te zijn bij het bestuur dan onwil. Toch moet worden vastgesteld dat, ondanks de tussenkomsten van de Belgische ombudsdienst, de overheid onwillig kan blijven om een correcte uitvoering aan het arrest te geven of talmt met uitvoeren niettegenstaande het feit dat haar daarop wordt gewezen. Dit wordt nochtans ook hier gepubliceerd in een jaarverslag (<sup>1493</sup>), zoals in Frankrijk door de Raad van State gebeurt (<sup>1494</sup>) ! De dwang die zou vermogen uit te gaan van de publicatie van de handelwijze van onwillige overheden mag derhalve bij ons te lande blijkbaar niet worden overschat ; ook het Rekenhof maakt jaarlijks publiekelijk hoeveel honderden vragen geen antwoord krijgen en de bekendmaking daarvan schijnt daar niet veel aan te veranderen.

Het maakt indruk te lezen dat in Frankrijk uiteindelijk elk arrest correct wordt uitgevoerd, dat enige jaren geleden kon worden gesteld dat het merendeel van de zaken geregeld was en

---

<sup>1492</sup> J.P. COSTA, "L'exécution...", l.c., 229.

<sup>1493</sup> Dat openbaar gemaakt wordt door de Kamer van volksvertegenwoordigers. Er kunnen bovendien driemaandelijks tussentijdse verslagen worden uitgebracht, indien de ombudsmannen het nuttig achten (artikel 15 van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen).

<sup>1494</sup> "A la différence, en effet, du rapport du Conseil d'Etat, qui n'est pas publié intégralement en tant que tel, celui de la Section du rapport et des études sur l'exécution des décisions de justice est imprimé dans le revue du Conseil d'Etat « Etudes et documents » et fait l'objet, depuis quelques années, d'un tirage à part largement répandu ; le dernier, par exemple, sera adressé à tous les préfets, par les soins de la direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur, afin que l'attention des autorités et collectivités soit spécialement attirée sur ces problèmes. Or le rapport contient, à côté de considérations générales et de statistiques, des remarques précises sur les administrations qui ont manqué gravement à leurs obligations et qui sont nommément désignées. Il n'est jamais agréable d'être ainsi mis au pilori, et il suffit parfois de la simple menace d'inscription au rapport public pour que l'affaire se règle aussitôt » (G. BRAIBANT, « L'exécution des décisions du juge administratif », *Adm. Publ(T)*., 1987, 136-141 (140).

dat het aantal hangende, te regelen gedingen, van jaar tot jaar daalt (<sup>1495</sup>).

Vastgesteld wordt dat ook in Nederland het bestuur zelden de rechterlijke uitspraak niet in acht neemt, vooral ingeval het geldelijk wordt veroordeeld. Volgens STELLINGA komt het wel voor dat het bestuur een uitspraak betreurt en vindt dat die het beheer van de dienst aantast, maar dat is nooit een reden geweest om er zich aan te onttrekken (<sup>1496</sup>).

Het komt ons voor dat de invoering in België van de mogelijkheden van de Nederlandse en de Franse bestuursrechter, hier geleidelijk tot hetzelfde resultaat zou moeten leiden, al lijkt de Belgische bestuurlijke mentaliteit van minder volgzzaamheid te getuigen. Auguste BEERNAERT verklaarde in 1906 voor de Kamer :

*"Si nous avons des institutions très larges, très libérales, nous avons aussi les institutions les moins complètes, les moins bonnes de l'Europe en ce qui concerne l'administration. Nulle part elle n'a de pouvoirs plus étendus, nulle part les abus eux-mêmes ne comportent moins de remèdes. En France, il y a le contentieux administratif ; il y a le Conseil d'Etat auquel on peut recourir dans nombre de cas. Mais ici, quand l'administration a parlé, tout est dit"* (<sup>1497</sup>).

Dat werd merkwaardigerwijze zo'n zeventig jaren later nog bevestigd op het colloquium van de Europese Raden van State in 1974 (<sup>1498</sup>), waar onder meer bleek dat het bestuur van

---

<sup>1495</sup> Ongeveer 1000 einde 1990, 900 eind 1991, 500 eind 1992, wat boven de 400 eind 1993 (J.P. COSTA verwijst onder meer naar de jaarlijkse rapporten van de Raad van State, l.c., 229 vn. 10). Bij P. LEWALLE worden verwijzingen gevonden naar een alarmerende stijging van het aantal niet uitgevoerde uitspraken ; de daarbij vermelde publicaties dateren van voor deze van J.P. COSTA (*Contentieux administratif*, o.c. 536).

<sup>1496</sup> J.R. STELLINGA, *Rapport de la délégation Néerlandaise du quatrième colloque des Conseils d'Etat et des juridictions suprêmes en matière administrative des pays membres des communautés Européennes*, 1974, 6-7.

<sup>1497</sup> Ann. Parl., Chambre, 17 januari 1906, 431, (geciteerd door H. VELGE, *Le Conseil d'Etat*, 1947, 97 en M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 71).

<sup>1498</sup> *Rapport du quatrième colloque des Conseils d'Etat et des juridictions suprêmes en matière administrative des pays membres des communautés Européennes*, 1974 ; synthesesrapport van A. FISCHER, 12.



Denemarken en Ierland uitzonderlijk gehoorzaam is aan de administratieve rechter maar dat, van alle landen van de Europese Gemeenschap, de Belgische Raad van State de grootste moeilijkheden ondervindt bij de uitvoering van zijn arresten. Wat het regelgevend optreden in België vergeleken met de omringende landen aangaat, stipt ook I. OPDEBEEK aan dat men in België tot 1971 heeft moeten wachten alvorens het beroep bij de Raad van State tegen het overheidsverzuim wettelijk gestalte kreeg, terwijl in Frankrijk de eerste wettekst ter zake dateert van 1864 en het toepassingsgebied ervan werd verruimd in 1900 en 1965 (<sup>1499</sup>).

Zoals reeds aangeraakt beschikt ook de Nederlandse administratieve rechter over bedeutend meer procedurele mogelijkheden dan de Belgische. Hij kan, zoals de Franse, het bestuur ertoe verplichten, binnen de termijn die hij bepaalt, een beslissing te nemen in overeenstemming met de uitspraak, en aan de niet-uitvoering reeds een dwangsom verbinden. Dat dit ook mogelijk is wanneer het bestuur in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid handelt, bewijst hoever we af staan van de rechterlijke handelingsmogelijkheden van de Nederlandse administratieve rechter. Komt daar nog bij dat, in tegenstelling tot wat in België geldt, na een annulatiearrest de burgerlijke rechter niet meer moet worden aangesproken met het oog op schadeloosstelling. Dat doet de administratieve rechter meteen. Ook die denkwijze staat nog ver af van de rechtsstructuur waarin in België de Raad van State is ingebed. Nochtans zou de Belgische Raad van State, wat hij reeds meermaals bewezen heeft ten aanzien van onder meer de weigeringsbeslissingen zoals die in dit werk worden besproken, ook die bevoegdheid met terughoudendheid uitoefenen. Trouwens ook in Nederland vermag de bestuursrechter eventueel de geldelijke veroordeling overlaten aan de burgerlijke rechter.

---

<sup>1499</sup> Zij verwijst naar J. LAVEISSIERE, *Le silence de l'administration*, Thèse, Université de Bordeaux I, 1979, 340-359. Zie ook I. OPDEBEEK, *Het inactieve bestuur. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 49.

394. Mét de mogelijkheden van de Franse en de Nederlandse Raad van State, zou de Belgische Raad van State kunnen beslissen dat het bestuur op een welbepaalde wijze dient te handelen : bij gebonden bevoegdheid zoals in de gevallen waarbij de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen geschiedt op grond van een niet nagekomen verplichting, door als rechter zelf in de zaak te voorzien en door derhalve het bestuur voor het bestaan van de genomen beslissing te plaatsen ; bij discretionaire bevoegdheid door te bevelen een besluit te nemen in overeenstemming met de overwegingen van het arrest, door te bepalen binnen welke termijn dit moet gebeuren en eventueel door vast te stellen met welke dwangsom het bestuurshandelen kan worden geactiveerd terwijl naderhand de Raad van State zelf zou toezien op de verwezenlijking daarvan. Zo nodig zou de rechter meteen kunnen statueren over het bedrag aan schadeloosstelling dat ingevolge de gepleegde onregelmatigheid verschuldigd is. Dus noch voor de pecuniaire schade, noch voor de vordering tot het opleggen van een dwangsom zou de verzoekende partij opnieuw een geding aanhangig moeten maken.

Een wetgevend optreden in die richting, hetgeen is geschied halverwege de jaren negentig voor zowel Frankrijk als Nederland, zou dan ook slechts de verwezenlijking zijn van wat in de ons omringende landen noodzakelijk werd geacht met het oog op efficiënte rechtsbescherming. CHAPUS verwoordt het voor Frankrijk treffend :

*« Finalement souhaitable, ou même (vu l'esprit du temps) nécessaire, le changement de l'état du droit aurait, sans aucun doute, pu être réalisé par voie jurisprudentielle, ce qui ne signifie pas que la possibilité de prononcer des injonctions se serait trouvée ouverte sans limites. Mais, précisément, s'agissant d'organiser un nouvel état du droit, le recours à des dispositions textuelles était recommandable. Et que ce soit le législateur qui ait pris le relais de la jurisprudence ne peut que contribuer à donner au changement toute l'autorité, à l'égard de l'administration, dont il est bon qu'il soit revêtu »*<sup>1500</sup>.

---

<sup>1500</sup> R. CHAPUS, o.c., 729 n.° 810. 3°.

In afwachting van een verhoopte wettelijke regeling wordt in de volgende afdeling omschreven hoe de Belgische Raad van State zou kunnen procederen om bij wege van een annulatiearrest een handelingsplicht voor de overheid ten opzichte van een in rechte miskende kandidaat voor benoeming of aanstelling teweeg te brengen.

#### ***AFDELING 4 : Overzicht van de vorderingen vereist om tot het jurisprudentieel vastleggen van de verplichting tot benoemen te komen***

395. Het overzicht van de opeenvolgende rechtsgedingen met wat er best kan worden gevorderd en wat er kan worden vernietigd, ziet er gelet op al wat voorafgaat als volgt uit.

##### **§ 1. Eerste geding :**

1. DE BESLISSING TOT BENOEMEN WORDT AANGEVOCHTEN MET ALS MIDDEL DAT DE MOTIEVEN ERVAN, MET NAME DE VERGELIJKING VAN TITELS EN VERDIENSTEN, ONDEUGDELIJK ZIJN <sup>(1501)</sup> .

##### **2. HET ARREST KAN DAN**

*A. in het dictum bij het gegrond bevinden van het middel de vernietiging uitspreken van de benoeming*

*B. in de overwegingen, naast de argumenten op grond waarvan het onderzoek ondeugdelijk werd bevonden, eventueel bijkomende aanwijzingen betreffende het rechtsherstel verstrekken.*

**§ 2. Het inleiden en de uitspraak van het tweede geding indien de overheid heeft herbenoemd, maar niet de verzoekende partij van het vorige geding heeft benoemd <sup>(1502)</sup> :**

---

<sup>1501</sup> Het moet dus een inhoudelijke onrechtmatigheid zijn. Met een formele (bijvoorbeeld schending van de uitdrukkelijke motiveringswet) kan de verzoeker eventueel alleen bereiken dat de beslissing formelijk hersteld wordt.

<sup>1502</sup> Een nieuwe oproep kan worden bestreden. De beslissing om niet te benoemen kan onder bepaalde omstandigheden ook worden aangevochten. Hier kan de theorie van de arresten STERCKX (R.v.St. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni

1. DE BESLISSING TOT BENOEMEN EN DE WEIGERING VERZOEKENDE PARTIJ AL DAN NIET TE BENOEMEN IN DE MATE DAT HAAR AANSPRAKEN OP BENOEMING, BLIJKEND UIT HET EERDERE ANNULATIEARREST, WERDEN MISKEND, WORDEN BEIDE AANGEVOCHTEN MET ALS MIDDEL SCHENDING VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE OMDAT DE MOTIEVEN ONDEUGDELIJK ZIJN.

Wat het voorwerp van het verzoekschrift betreft wordt gemeend, ten behoeve van het volledig rechtsherstel zoals bepleit, mede, als apart onderdeel en best apart voorgesteld, de vernietiging te kunnen vorderen van de impliciete weigering al dan niet verzoekende partij te benoemen in de mate dat dit de miskenning inhoudt haar titels en verdiensten op wettige wijze te honoreren. De bijkomende vordering kan ook worden geformuleerd in dier voege dat de vernietiging wordt gevorderd van de weigering te benoemen in zoverre die blijkt uit het door de Raad van State in zijn vorig annulatiearrest gegrond bevonden middel.

## 2. HET ARREST KAN

*A. Indien het de vordering tot vernietiging van de impliciete weigering te benoemen, meer bepaald om de rechtsaanspraken van verzoekende partij te erkennen, inwilligt:*

a. in het *dictum* bij het gegrond bevinden van het middel naast de vernietiging van de benoeming mede de vernietiging uitspreken van die bijkomende vordering

b. in de *overwegingen* stellen, eensdeels, dat de overheid ter uitvoering van het arrest de titels en verdiensten van verzoekende partij op een deugdelijke manier moet vergelijken met de andere(n) en, anderdeels, met welke motieven de overheid geen rekening meer mag houden, wat inhoudt dat de overheid haar onderzoek op dat punt moet hervatten na het (tweede) arrest. Het onderzoek geschiedt juridisch op hetzelfde tijdstip als dat waarop het voordien is gebeurd. Dit houdt evenzeer in dat de kandidaten dezelfde zullen zijn als bij het vorig onderzoek, evenals de toepasselijke regelgeving <sup>(1503)</sup>.

---

1998) en MAHY (nr. 38.482, MAHY, 14 januari 1992) nuttig zijn om reeds een rechtsplicht te kunnen aanvoeren.

<sup>1503</sup> De verplichting tot volledig rechtsherstel heeft voorrang op het beginsel van de niet-retroactiviteit der administratieve rechtshandelingen

Indien ondertussen de betrekking werd afgeschaft, is benoemen niet meer mogelijk, wel het nemen van een retroactieve rechtsherstellende maatregel ten gunste van de verzoekende partij terwijl deze o.m. haar kansen op succes bij een vordering tot schadeloosstelling ziet toenemen omdat de administratieve rechter heeft erkend dat de overheid een onwettigheid heeft gepleegd bij haar onderzoek <sup>(1504)</sup>.

*B. Indien het alleen de vordering om de benoeming nietig te verklaren toewijst*

Indien het arrest alleen die vordering toewijst, betekent dit - in de hypothese dat de rechter akkoord gaat met het pleidooi over de drie fases (thans gaat het over de tweede fase) - dat er op grond van een ander middel wordt vernietigd dan op grond van het middel van de ondeugdelijke vergelijking van titels en verdiensten. Ingeval immers op grond van dit laatste wordt vernietigd, is er geen enkele reden om ook de tweede vordering niet toe te wijzen. Alle voordelen die de expliciete toewijzing van zo'n vordering inhoudt, werden hiervoor opgesomd. Daarom kan de stelling wel worden aanvaard dat in de overwegingen van het arrest de plicht zit om de rechtsaanspraken te honoreren, maar het gaat er om die plicht mèer draagkracht te geven. Geeft de Raad van State die niet, dan blijft de rechtspraak behouden die oordeelt dat uit twee voorgaande arresten waarin dezelfde benoeming wordt vernietigd omdat er een ondeugdelijke vergelijking van titels en verdiensten was, niet kan worden afgeleid dat na een deugdelijke (derde) vergelijking geen andere benoeming dan die van de verzoekende partij mogelijk is. Die carroussel moet eens worden gestopt.

Uit het arrest DE MEUTER nr. 83.787 zou kunnen worden afgeleid dat de Raad van State die wel zou doen stoppen indien

---

(R.v.St. nr. 19.500, OP DE BEECK, 7 maart 1979). Zie ook I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming, o.c.*, 419 nr. 819.

<sup>1504</sup> Randnr. 310.

verzoekende partij zou aantonen welke haar in redelijkheid grotere verdiensten zouden zijn (<sup>1505</sup>). De vraag rijst waarom de redelijkheid ter zake een rol zou spelen. Immers, de overheidsplicht tot vergelijking van titels en verdiensten houdt in dat die moet geschraagd zijn door deugdelijke motieven. Hoe zou de vaststelling van ondeugdelijke motieven op zich niet en de vaststelling van een wanverhouding tussen motieven en inhoud van de beslissing wel (want dat is de definitie van het redelijkheidsbeginsel) tot een rechtsplicht kunnen leiden ?

De gelegenheid heeft zich immers reeds voorgedaan dat een verzoekende partij mede de vernietiging vorderde van de weigering haar titels en verdiensten deugdelijk te vergelijken met de andere(n). De Raad van State heeft een beletsel voor de nietigverklaring van de weigering om de titels en verdiensten van de verzoekende partij op een deugdelijke wijze te vergelijken gezien in het feit dat hij die weigering niet als een aparte beslissing beschouwt (<sup>1506</sup>).

Daarentegen wordt in dit werk het oordeel aangehouden dat de weigeringsbeslissing in deze fase (in de fase van het tweede geding, geding waarin wordt geoordeeld of de vraag van de rechter die in het eerste geding werd gesteld wel werd beantwoord) wél een aparte administratieve rechtshandeling vormt. Haar bestanddelen verschillen van die van de benoemingsbeslissing ; ze kent een andere inhoud dan de benoemingsbeslissing. Ze is tot een andere rechtsadressaat gericht en houdt een impliciet oordeel over die andere rechtsadressaat in. Men make niet de vergelijking met de vermelde, herhaaldelijk door de Raad van State uitgesproken, stelling erin bestaand dat de vernietiging van de benoeming de

---

<sup>1505</sup> R.v.St. nr. 83.787, DE MEUTER, 2 december 1999.

<sup>1506</sup> "...in zoverre de schorsing wordt gevraagd van de impliciete weigering verzoeksters' aanspraken met die van de benoemde kandidaat te vergelijken, dient te worden vastgesteld dat die weigering wel een annulatiemiddel tegen de benoeming kan zijn maar geen beslissing vormt die op zichzelf voor schorsing vatbaar is" (R.v.St. nr. 83.787, DE MEUTER, 2 december 1999, overw. 2.3.).

vernietiging van de weigering te benoemen ten opzichte van de andere gegadigden insluit ; dat schrijft de Raad van State immers reeds in het eerste geding. De beslissing zoals die in dit werk wordt gezien is niet los te koppelen van de drie stappen die worden bepleit. En dan kan men van oordeel zijn, vanaf de tweede stap, slechts vanaf dan omdat slechts in die fase bij het onbehoorlijk onderzoek van de titels en verdiensten van de niet-nakoming van een verplichting kan worden gesproken, van een administratieve rechtshandeling te kunnen gewagen. De tweede stap is onontbeerlijk om tot de rechtsplicht te benoemen te kunnen komen.

### *C. Ingeval het beroep wordt afgewezen*

Indien het arrest de vorderingen afwijst, is er uiteraard geen rechtsherstel meer mogelijk omdat de benoeming wettig werd bevonden. Er kan eventueel worden geoordeeld dat ingeval de benoeming zelf niet meer aanvechtbaar is wegens gebrek aan belang van verzoekende partij, toch apart de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen zou moeten kunnen uitgesproken worden op grond van het moreel belang dat die partij daarbij heeft. Zo was in de zaak BOSMANS <sup>(1507)</sup> de tussenkomende partij juridisch buiten het bereik van de verzoekende partij geraakt, maar de situatie was dusdanig dat verzoekende partij recht had op een herstel van de onwettigheid te haren opzichte begaan. Hiertegenover zou de stelling van het arrest TIBAX kunnen worden aangehouden, erin bestaande dat geen aparte vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing mogelijk is ; in het zopas aangehaalde geval ging het om discretionaire bevoegdheid in tegenstelling tot de gebonden bevoegdheid in het arrest TIBAX <sup>(1508)</sup>.

---

<sup>1507</sup> R.v.St. nr. 53.062, BOSMANS van 27 april 1995 ; verzoeker werd geacht geen belang meer te hebben bij de zaak aangezien hij o.m. niet ter terechtzitting is verschenen.

<sup>1508</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980. Toelating tot de stage in de volgorde van de rangschikking ; eventueel discretionair element was de aanwijzing van een betrekking als stagiair.

Het moreel belang bij de vernietiging van een benoeming heeft de Raad van State erkend in het arrest DE BIE (<sup>1509</sup>), in welke zaak de benoemde ook was overgeheveld naar een juridische entiteit waarin de verzoekende partij niet meer met hem in concurrentie kon komen (<sup>1510</sup>). Het "juridisch" moreel belang is aanwezig indien de miskennen van de aanspraken van verzoekende partij in zodanige omstandigheden is gebeurd dat ze haar moreel kunnen schaden, omstandigheden als daar zijn dat haar aanspraken manifest de grootste waren of dat die aanspraken op een voor haar beledigende wijze zijn beoordeeld (<sup>1511</sup>). In het arrest DECAVELE wordt geoordeeld dat de middelen van verzoeker aanvaardbaar hadden gemaakt dat hij zich moreel gekwetsst voelde door de wijze waarop zijn merites werden voorgesteld (<sup>1512</sup>). Ook na de pensionering van verzoeker VAN DEN ABEELE verloor hij het belang bij zijn beroep niet, "rekening gehouden

---

<sup>1509</sup> R.v.St. nr. 62.961, DE BIE, 6 november 1996.

<sup>1510</sup> D. MAREEN, "Pensionering is niet noodzakelijk het einde van het proces voor de Raad van State", noot bij R.v.St. nr. 67.125, DIELS, 27 juni 1997, *l.c.*, 219-221 waarin wordt geoordeeld dat verzoeker zich in zijn beroepseer gekrenkt voelt omdat, hoewel hij als eerste werd gerangschikt, de overheid zonder enige redengeving aan die rangschikking is voorbijgegaan. In zoverre een vernietiging een rechtsherstel op moreel vlak kan medebrengen, bezit verzoeker nog steeds het vereiste belang. Zie bijvoorbeeld ook R.v.St. nr. 41.504, BRAUERS en nr. 41.505, BRAUERS, beide van 28 december 1992 ("dat het er niet toe doet dat dit (goedmaken van de begane onrechtmatigheid) mogelijks niet meer op een bepaalde wijze zou gebeuren doordat verzoekers' actieve loopbaan is beëindigd door zijn pensionering"). Zie ook J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", in *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, o.c. 120, nr. 24 en inzake het moreel belang in de schorsingsrechtspraak zie A. COOLSAET, "Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen", o.c. 87-88, nr. 2.2.1.

<sup>1511</sup> Ten aanzien van een beslissing van een klasseraad : "dat een (...) student alleen al moreel, een persoonlijk belang heeft bij de vernietiging van het als niet geslaagd uitroepen" (R.v.St. nr. 25.491, RAMMANT, 18 juni 1985, *R.W.* 1986-87, 311). Voorbeelden in andere domeinen : R.v.St. nr. 43.079, DE RIDDER, 25 mei 1993 ; R.v.St. nr. 26.225, 4 maart 1986, *T.B.P.* 1987, 133 ; R.v.St. nr. 38.589, GOLSTEYN, 27 januari 1992. Indien de overheid de bestreden beslissing intrekt, houdt dit voor verzoeker dezelfde morele genoegdoening in als een annulatiearrest van de Raad van State (R.v.St. nr. 107.275, FOETS, 3 juni 2002). Ten aanzien van een duidelijk onwettige weigering tot aanstelling oordeelt de burgerlijke rechter dat dit feit het rechtmatig vertrouwen van de eiser beschaamt en "aldus een morele schade toebrengt, hetgeen slechts gedeeltelijk in natura hersteld wordt door het bekomen van een vernietigingsarrest voor de Raad van State." (Rb. Brussel, 12 juni 1995, onuitg.).

<sup>1512</sup> R.v.St. nr. 43.241, DECAVELE, 8 juni 1993, *T.B.P.* 1994, 222.



*met de aard van de rechtsstrijd die verzoeker heeft moeten voeren"* (<sup>1513</sup>). De Raad van State oordeelt dat het er niet toe doet dat het goedmaken van de onrechtmatigheid tegenover verzoeker niet meer zou kunnen geschieden door de oprichting zelf van een bepaald adviserend orgaan (<sup>1514</sup>).

**§ 3. Mogelijkheden na het tweede arrest waarbij de vernietiging van de benoeming en van de weigering te benoemen, insluitend de weigering de rechtsaanspraken van de verzoekende partij te erkennen, worden uitgesproken**

#### **1. OP HET VLAK VAN HET OVERHEIDSHANDELEN**

##### *A. Ingeval er geen uitvoering aan het arrest wordt gegeven*

Doet de overheid niets, dan kan - desnoods (<sup>1515</sup>) met toepassing van artikel 14, § 3, R.v.St.-wet (de zogenaamde fictieve weigeringsbeslissing (<sup>1516</sup>) - de niet-nakoming van de vernietiging van de weigering te benoemen in de mate dat ze de impliciete weigeringsbeslissing tot onderzoek insluit, worden aangevochten : er is een schending van het gezag van gewijsde van het vorige arrest. De overheid kan aan het niet rechtsgeldig bevonden zijn van die weigering maar voldoen door niet langer te weigeren ; dus slechts rechtmatig handelen door iets te doen.

##### *B. Ingeval ter uitvoering van het arrest een nieuwe oproep wordt gedaan*

Indien de overheid een nieuwe oproep doet, kan die vacaturebeslissing reeds samen met de weigering te benoemen zijnde de impliciete weigeringsbeslissing tot onderzoek, worden bestreden, eventueel mede bij wege van een vordering tot

---

<sup>1513</sup> R.v.St. nr. 60.149, VAN DEN ABEELE, 13 juni 1996. Verzoeker was sinds 10 september 1985, 65 jaar geworden.

<sup>1514</sup> R.v.St. nr. 41.504, BRAUERS, 28 december 1992.

<sup>1515</sup> Ingeval de overheid niet antwoordt op de vraag om te beslissen of bijvoorbeeld de tussenkomst van de ombudsman geen beslissing oplevert (altijd binnen de beroepstermijn voor de Raad van State !).

<sup>1516</sup> Randnrs. 149-160.

schorsing van de tenuitvoerlegging, onder aanvoering ook ditmaal van de schending van het gezag van gewijsde omdat het vorige arrest de overheid had opgelegd zich op een bepaald punt in het verleden te plaatsen voor het doen van haar onderzoek.

*C. Indien ter uitvoering van het arrest een nieuw onderzoek van titels en verdiensten wordt verricht en daaropvolgend een ander dan de verzoekende partij van de vorige gedingen wordt benoemd*

Indien dit onderzoek op een alweer onbevredigende wijze voor verzoekende partij geschiedt, kan die vervolgens de benoemingsbeslissing en de impliciete weigeringsbeslissing haar te benoemen, zonder specificatie ditmaal, <sup>(1517)</sup> aanvechten, ook nu onder aanvoering van het middel van de miskenning van het gezag van gewijsde en eventueel onder verwijzing naar het arrest VAN POUCKE, het arrest AUDENAERDE of het arrest DE MEUTER <sup>(1518)</sup>.

## 2. INZAKE HET DICTUM VAN HET ARREST DAT STATUEERT OVER DE ONDERSCHIEDEN VORDERINGEN :

*A. Ingeval er geen enkele uitvoering aan het arrest wordt gegeven*

De Raad van State kan in dit eerste geval de schorsing of de vernietiging uitspreken van de weigering de benoemingsprocedure voort te zetten, volledig in de context zoals eerder geschetst m.b.t. het ogenblik, de gegadigden, de regelgeving, daarin begrepen dus ook de weigering te benoemen die bestaat in de weigering de rechtsaanspraken van de verzoekende partij te wettig te onderzoeken.

*B. Ingeval ter uitvoering van het arrest een nieuwe oproep wordt gedaan*

---

<sup>1517</sup> Dit is de derde en laatste fase.

<sup>1518</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998 ; R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001 ; R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002.

In dit geval kan de Raad van State de oproep schorsen of vernietigen samen met de vernietiging van dezelfde impliciete weigeringsbeslissing als diegene, daarnet onder A aangewezen. De Raad van State kan aangeven welke motieven de overheid niet meer in aanmerking mag nemen, met name dat de overheid de motieven die zij desgevallend heeft aangevoerd om de oproep te doen niet meer kan gebruiken, noch de motieven die zij ter gelegenheid van de eerste benoemingsprocedure had aangevoerd om verzoekende partij niet te benoemen <sup>(1519)</sup>.

*C. Indien ter uitvoering een nieuw onderzoek van titels en verdiensten wordt verricht*

In dit geval kan de Raad van State, ingeval de beweegredenen op grond waarvan de vergelijking van titels en verdiensten werd gedaan, opnieuw ondeugdelijk zijn, de meest verregaande rechtsbescherming verlenen door de schorsing of de vernietiging uit te spreken van de impliciete weigeringsbeslissing de verzoekende partij te benoemen zoals in de zaak VAN POUCKE (tweede arrest) werd gedaan. Het is daar dat dit onderzoek uiteindelijk wil toe komen.

Dat dit niet kan zonder de tweede stap, bewijst het arrest DE MEUTER dat stelt

*"dat de omstandigheid dat de twee vorige benoemingen in de betwiste betrekking wegens gebrek aan vergelijking van de titels en verdiensten door de Raad van State vernietigd werden, evenmin tot gevolg heeft dat de discretionaire bevoegdheid van de overheid tot een gebonden bevoegdheid wordt herleid"* <sup>(1520)</sup>.

## § 4. BEZWAREN ?

### 1. ZIJN ER JURIDISCHE BEZWAREN ?

396. *Juridische bezwaren* kunnen, zoals onderzocht, niet worden ingebracht tegen de expliciete vernietiging van de weigering te benoemen, in de mate dat die beslissing de

---

<sup>1519</sup> Zie R.v.St. DE MUYNCK voormeld.

<sup>1520</sup> R.v.St. nr. 83.787, DE MEUTER, 2 december 1999, overw. 3.2.

weigering insluit om de titels en verdiensten van verzoekende partij na haar eerste gewonnen zaak deugdelijk te waarderen. Die weigering volgt uit de niet-nakoming van de overwegingen van het eerste arrest dat de vernietiging van de benoeming op grond van een ondeugdelijke vergelijking van de titels en verdiensten uitsprak.

De Raad van State overwoog tot op heden dat hij de impliciete weigeringsbeslissing - maar dan was er niet die, bedoeld in de tweede fase - alleen maar uitdrukkelijk zou vernietigen ter wille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer (<sup>1521</sup>). Inderdaad, naar analogie vraagt die duidelijkheid dat wel echt. De Raad van State heeft evenzeer in het verleden aangetoond oog te hebben voor de eis dat een rechtsgeding tot klare rechtssituaties moet leiden (<sup>1522</sup>). Strakkere krijtlijnen

---

<sup>1521</sup> De rechter heeft al voor minder vernietigd, zo bij heraanstellingen die *rechtens overbodige* beslissingen waren en die toch voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer eveneens vernietigd werden (R.v.St. nr. 28.527, BERRIER, 29 september 1987).

<sup>1522</sup> R.v.St. nr. 21.613, VAN BRACKEL, 1 december 1981. Een beslissing die bezwaarlijk uitvoerbaar kan blijven in rechte, moet omwille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer in haar uitvoering worden geschorst (R.v.St. nr. 80.592, DE LEENER, VAN CALK en PANA, 2 juni 1999). Een besluit dat reeds zijn materiële rechtskracht verloren heeft, wordt toch vernietigd (R.v.St. nr. 18.796, FRISSON, 28 februari 1978). Zie ook R.v.St. nr. 26.381, BERLIZE, 22 april 1986 : *"...het voorwerp van de vernietiging van een als lege vorm bestaande beslissing kan enkel zijn die lege beslissing door een uitdrukkelijke vernietiging formeel uit het rechtsverkeer doen verdwijnen in het belang van de duidelijkheid en de zekerheid van de rechtssituaties en de rechtsverhoudingen"*. Door het verdwijnen van de goedkeuringsbevoegdheid kan de afzettingsbeslissing nooit uitvoerbaar worden, er zou dus tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep bij de Raad van State kunnen worden geconcludeerd. Echter oordeelt de Raad ook dan dat het raadzaam is, teneinde de duidelijkheid in het rechtsverkeer en de overzichtelijkheid van de rechtsorde te garanderen en omdat er in de praktijk uitwerking werd aan gegeven, de bestreden beslissing uitdrukkelijk te vernietigen (R.v.St. nr. 54.192, ROTSART, 3 juli 1995 (in die zaak oordeelt de Raad van State dat de redelijke termijn voor de goedkeuring verstreken was). In het arrest VAN PEEL nr. 41.124, van 23 november 1992 wordt eveneens geoordeeld dat een niet-uitvoerbare beslissing wordt vernietigd voor de overzichtelijkheid van de rechtsorde, zelfs los van de vraag of verzoekster er nog actueel belang bij heeft. Is het niet direct duidelijk wat de bijdrage is van elk van de door verzoekster bestreden beslissingen in het rechtseffect dat door een toewijzing van haar vordering tot schorsing tijdelijk zal uitblijven, dan is het geboden omwille van de zekerheid in het rechtsverkeer die beslissingen allemaal te *schorsen* (R.v.St. nr. 39.044, SCHEIRE, 24 maart 1992). Indien aan een rechtens onbestaande beslissing daadwerkelijk uitvoering is gegeven alvorens zij in haar uitvoering door de Raad van State wordt geschorst, is het aangewezen ter wille van de duidelijkheid in het rechtsverkeer, de vernietiging ervan uitdrukkelijk uit te spreken (R.v.St. nr. 108.448, NIJS, 26 juni 2002).

voor de uitvoering van het eerste vernietigingsarrest trekt het arrest ZOETE dat stelt dat in het tweede arrest de Raad van State de vernietigingsgrond van het eerste arrest met nog grotere, strakker bindende nauwkeurigheid opnieuw zal bepalen en bevestigen en dus ook, in de daartoe dienende bijzondere considerans, de verplichting tot rechtsherstel nauwkeuriger en concreter bepalen (<sup>1523</sup>). Dan is al enige haast gerechtvaardigd : de Raad van State oordeelt dat dit ook zal gebeuren met betrekking tot de vaststelling van de redelijke termijn om rechtsherstel te geven (<sup>1524</sup>).

## 2. ZIJN ER MENSELIJK-MORELE BEZWAREN ?

397. Zijn er *menselijke bezwaren* tegen de vernietiging van de weigering te onderzoeken - tweede fase - of te benoemen - derde fase ? Met de moraliteit wordt in bepaalde rechtspraak rekening gehouden met name waar de rechter oordeelt dat een verzoekende partij een moreel belang heeft bij de vaststelling dat onrechtmatig is voorbijgegaan aan haar aanspraken op de benoeming tot een hoger ambt (<sup>1525</sup>). We verwezen reeds naar het "juridisch moreel belang" : dat is een belang dat in het recht in aanmerking kan worden genomen. In die zin is het dan een juridisch belang en kan een zulkdanig moreel-juridisch bezwaar niet tegenover een ander juridisch bezwaar worden geplaatst. Daarom kiezen we voor het woord menselijke bezwaren in plaats van morele bezwaren. We onderzoeken wie de mogelijke gelaedeerden zijn.

### A. De persoon wiens benoeming bestreden is

398. De onrechtmatig benoemde kan toch niet pretenderen recht te hebben op een onwettige benoeming en op een

---

<sup>1523</sup> R.v.St. nr. 22.446, ZOETE, 8 juli 1982.

<sup>1524</sup> Te rekenen, schrijft P. LEWALLE, vanaf de betekening van het annulatiearrest, abstractie makend van de duur van de annulatieprocedure (*Contentieux administratif, o.c.*, 1009, nr. 543 e.v.)

<sup>1525</sup> R.v.St. nr. 38.482, MAHY, 14 januari 1992 ; R.v.St. nr. 43.079, DE RIDDER, 25 mei 1993.

uitoefening op grond daarvan gedurende de tijd dat het geding bij de Raad van State aanhangig is. De Raad van State maakt bijvoorbeeld de afweging tussen het belang van de dienst en dat van de benoemde in het schorsingsarrest JANSSENS <sup>(1526)</sup> :

*"Dat, wat het afwegen van de belangen betreft, het denkbaar is dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van een benoeming nadelig is voor diegene die is benoemd ; dat zulk een nadeel, tenzij in uitzonderlijke omstandigheden (...) niet voldoende is om een vordering tot schorsing af te wijzen wanneer de voorwaarden voor die schorsing vervuld zijn ; dat de schorsing immers slechts tijdelijk gevolgen heeft ; dat indien de handeling waarvan de tenuitvoerlegging is geschorst, nietig wordt verklaard, het nadeel berokkend aan de persoon op wie die handeling betrekking heeft niet te wijten is aan de schorsing, maar aan de onwettigheid waarmee de handeling verondersteltenderwijs zou zijn aangetast ; dat indien het beroep tot nietigverklaring verworpen wordt, de schorsing automatisch wordt opgeheven en het nadeel dat daaruit zou hebben kunnen voortvloeien hersteld wordt of in ieder geval hersteld kan worden (...) en dat niet is aangetoond dat de enige manier om de goede werking van (de dienst) veilig te stellen erin bestaat diegene die benoemd is tot aan het einde van de nietigverklaringsprocedure in de functie te handhaven"*

De benoemde kan geen concreet ongerechtvaardigd nadeel halen uit het feit dat nadien zijn concurrent wordt benoemd. Juridisch mag met zijn ervaring geen rekening worden gehouden. Toch heeft hij de facto die ervaring opgedaan en zoals gesteld, is het niet denkbeeldig dat het bestuur bij een nieuwe benoeming met die onderwijl opgedane ervaring, vooral als zij specifiek is, rekening houdt in feite <sup>(1527)</sup>. Ook A. COOLSAET schrijft dat de meermaals door de Raad van State geformuleerde regel, dat indien de benoemende overheid toch de ervaring opgedaan op grond van een vernietigde benoeming of bevordering in aanmerking neemt, dit een nieuw middel tot vernietiging oplevert, tot de conclusie noopt dat de ervaring nooit een

---

<sup>1526</sup> R.v.St. nr. 93.316, JANSSENS, 15 februari 2001.

<sup>1527</sup> R.v.St. nr. 51.409, COENEN, 30 januari 1995. Zie de bespreking van het in aanmerking nemen van het gemis aan ervaring als grondslag voor de aanwezigheid van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in de schorsingsprocedure randnr. 281.

moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan opleveren doch oppert :

*"Nochtans verloopt het in de praktijk al wel eens anders en kan het soms erg moeilijk zijn om aan te tonen dat inderdaad ten onrechte met die ervaring rekening is gehouden. De benoemende overheid kan dit immers doen, zonder dit in haar beslissing te expliciteren."* <sup>(1528)</sup>.

Hoe langer de benoemde fungeert, hoe langer hij de wedde <sup>(1529)</sup> en het prestige geniet. De vraag rijst trouwens of de kansen van de verzoeker na het eerste proces door het verstrijken van de tijd niet nog mèer zijn afgenomen. De benoemde heeft er daarentegen wel meer ervaring, meer relaties en meer financiële middelen door, middelen die hij hoe dan ook mag behouden : de Raad van State oordeelt dat het belang van de verzoekende partij niet vergt dat bij vernietiging van de benoeming van tussenkomende partij de wedde- en pensioenbedragen teruggevorderd worden die deze partij op grond van haar benoeming ontvangen heeft voordat die vernietigd werd. Een zodanige terugvordering zou aan verzoekende partij immers geen enkel voordeel opleveren. Aangezien de reikwijdte van een vernietiging de grenzen van het belang van de verzoekende partij niet moet overschrijden, kan de verwerende partij zich niet op een vernietigingsarrest beroepen om tot enige terugvordering ten aanzien van de tussenkomende partij over te gaan <sup>(1530)</sup>.

---

<sup>1528</sup> A. COOLSAET, "Het kort geding bij de Raad van State inzake benoemingen en bevorderingen", o.c. 87-88, nr. 2.2.1.

<sup>1529</sup> Zie bijvoorbeeld J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 115, nr. 14 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., 1023 e.v. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 869, 874, vn. 208 en 209.

<sup>1530</sup> R.v.St. nr. 72.322, BARDIJN, 10 maart 1998. De Raad van State verwijst daarin naar eerder ingenomen standpunten in het arrest TIBAX nr. 20.599 van 30 september 1980, in het arrest SERVAIS nr. 27.479 van 28 januari 1987 en in het arrest Vlieghe, nr. 57.702, van 22 januari 1996. In die laatste zaak vordert verzoeker de uitvoering van het arrest nr. 42.870 waarbij de vernietiging van de benoeming van VAN ROOSE wordt uitgesproken, uitvoering waaronder hij begrijpt de terugzetting van VAN ROOSE in een andere weddeschaal en de terugbetaling van de te veel betaalde wedde. De Raad overweegt dat de benoeming van VAN ROOSE werd vernietigd omdat het taalkader niet was aangepast, feit waarvoor hij geenszins verantwoordelijk is en waartoe hij noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks heeft bijgedragen, dat het tot de elementaire billijkheid behoort een ambtenaar de vervallen

Tussenkomen de partijen hopen doorgaans dat de rechter niet te vlug uitspreekt, zodat in de praktijk soms de vraag wordt gesteld of het geding bij de Raad van State niet kan worden vertraagd ; de lange rechtsgang wordt dan als een zegen beschouwd. Ook een te goeder trouw benoemde (<sup>1531</sup>) - en zo zijn er natuurlijk ook (<sup>1532</sup>) - ziet het proces op zich afkomen. Mocht die laatste toch liever een snellere beslissing hebben dan kan hij of zij alvast aan de overheid vragen haar benoemingsbeslissing in te trekken en de procedure over te doen, wat juridisch perfect kan hangende het geding binnen de aangevoerde middelen.

Al die belangen in acht genomen kan het belang van de ten onrechte benoemde beslist niet opwegen tegen het belang van de verzoeker die zich gefrustreerd weet omdat hij meent beter te

---

bezoldigingen van het hem ontnomen ambt te laten behouden, dat verzoeker daar trouwens niet het minste belang bij heeft zodat het gezag van gewijsde van het arrest nr. 42.870 niet werd miskend en er geen reden is om de vordering tot het opleggen van een dwangsom in te willigen...

<sup>1531</sup> Soms vertoont de wetgever de bezorgdheid die goede trouw in bescherming te nemen. Uit het arrest DE CASTER blijkt dat de wetgever de gevolgen van een annulatiearrest had willen opvangen onder aanvoering van onder meer de motivering dat *"rechtvaardigheidshalve, voor diegenen wier benoeming de Raad van State had vernietigd, de schadelijke effecten van die vernietiging ongedaan zouden (moeten) worden gemaakt, vernietiging waaraan zij, die nooit in iets te kort zijn geschoten, geen schuld dragen"* (R.v.St. nr. 38.295, DE CASTER, 10 december 1991, zie ook randnr. 371). Over het gezag van de vernietigingsarresten en de wetgever, zie bijv. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., nrs. 872-747, 879-884 ; S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, Proefschrift, o.c. 56-59, nrs. 125-137).

<sup>1532</sup> Een voorbeeld daarvan is Christine VAN HEUVERZWIJN (R.v.St. nr. 35.025, VAN HERREWEGHE, 29 mei 1990). Mevrouw VAN HEUVERZWIJN had, hangend het proces voor de Raad van State, gevraagd of haar niet een andere aanstelling kon worden toevertrouwd, nu de beslissing houdende de aanstelling die ze had verworven, bestreden was. Ze stelde te willen verhinderen dat haar nadien, bij vernietiging, de anciënniteit zou worden ontnomen. De directie van haar onderwijsinstelling stelde haar gerust met de mededeling dat *"de procedure toch niet kon worden gewonnen"* en VAN HEUVERZWIJN wachtte - te goeder trouw - de uitslag van de zaak voor de Raad van State af. Na de vernietiging door de Raad van State van haar aanstelling, vorderde de overheid de geldelijke anciënniteit terug. Zoals wij eerder beschreven onder randnr. 315 heeft mevrouw VAN HEUVERZWIJN op grond van de rechtspraak vooral uiteengezet in het arrest TIBAX (R.v.St. nr. 20.599 van 30 september 1980) er de overheid kunnen van overtuigen dat zijzelf er niet toe gehouden was de geldelijke anciënniteit terug te betalen.



zijn. Voor hem is de onrust, het immateriële lijden, beduidend groter zonder van de materiële kant van de zaak te spreken. Want voor dat laatste moet, desgevallend, nog de burgerlijke rechter worden aangesproken (<sup>1533</sup>). Ingeval de verzoeker herhaaldelijk opzijgezet wordt, raakt hij zoals gezien soms psychologisch uitgeput (<sup>1534</sup>). Heeft hij gewis belang bij een snelle uitspraak, dan heeft hij zeker belang bij het verwerven van een eigen benoeming.

#### *B. Het belang van de overheid ?*

399. ...hoewel die geacht wordt wettig te MOETEN handelen. Indien zij onwettig heeft gehandeld of motieven heeft verzwegen uit eerbied voor de niet-benoemde, om hem niet te kwetsen, kwetst zij hem misschien evenzeer door hem niet te laten kennen waarom hij niet kon worden benoemd, maar bovenal mag de overheid zich om dit motief niet bekommeren ; het is geen drijfveer die h  r mag bezighouden. Had de overheid andere redenen om niet de verzoeker met op het eerste gezicht grotere aanspraken te benoemen, dan had zij die redenen kenbaar moeten maken. Nu ze dat niet heeft gedaan, doet ze zelf het vermoeden rijzen dat het niet oorbare motieven zijn. Het algemeen belang vraagt dat de rechtmatige kandidaat wordt benoemd.

#### *C. De rechtsstaat*

400. De voorgestelde oplossing schijnt ons een redelijke oplossing te zijn. Er wordt door de administratieve rechter alleen gebruikt gemaakt van zijn vernietigingsrecht en er wordt rekening gehouden, in een eerste fase, met de gebeurlijke rechtsonkunde van de overheid. Er worden in de considerans aanwijzingen gegeven op grond van rechtens bestaande vereisten ; er kan niet worden ontkend dat een woordje uitleg in arresten

---

<sup>1533</sup> Randnrs. 310-317.

<sup>1534</sup> Randnr. 321.

zelf verhelderend kan werken voor het bestuur. Recht moet afdwingbaar zijn in een rechtsstaat.

Of recht laten geschieden na vele jaren nog de rechtsstaat dient, is een andere vraag. Een rechtsstaat is het aan zichzelf verschuldigd, niet het remgeld voor het procederen te verhogen of andere wettelijke valkuilen in te bouwen <sup>(1535)</sup>, niet de rechter er bijna toe te dwingen juridische constructies te maken om het belang teloor te laten gaan, maar wel de middelen die de administratieve rechtspraak ter beschikking staan, aan te passen. Maar de duur van een proces staat los van onze stelling. Die stelling is : het kan niet langer dat rechtsonderhorigen het bestuur er niet kunnen toe verplichten op wettige wijze te benoemen. Het is trouwens niet de stelling van de Raad van State dat de onwettigheid kan worden getemperd of buiten het bereik van de Raad van State wordt gebracht met het verstrijken van de tijd <sup>(1536)</sup>. Zo oordeelt bijvoorbeeld het arrest VRANCKEN :

*"dat echter niet voor mogelijk kan gehouden worden dat elke tijdelijke en beëindigde overplaatsing louter omwille van het tijdelijke karakter ervan achteraf niet meer zou kunnen worden bestreden voor de Raad van State ; dat zulks immers erop zou kunnen neerkomen dat voor elke beslissing met een tijdelijk karakter de Raad van State buiten spel zou kunnen worden gezet"* <sup>(1537)</sup>.

Of het arrest DOBBELAERE <sup>(1538)</sup>

---

<sup>1535</sup> G. DEBERSAQUES, "Het versnellen van de annulatieprocedure voor de Raad van State", *T.B.P.* 1997, 443-453 ; M. CROMHEECKE en P. LEFRANC, "1 april 1997 : twee nieuwe "hakbijl"procedures en verhoging van de financiële drempel bij de Raad van State", *C.D.P.K.* 1997, 28-42.

<sup>1536</sup> R.v.St. nr. 111.505, DEDULLEN, 15 oktober 2002 : "Overwegende dat in principe een annulatieberoep niet zonder voorwerp valt omdat de geldingsduur van het besluit waartegen het is gericht, verstreken is ten tijde van de uitspraak ; dat in beginsel evenmin de verzoeker zijn belang verliest doordat het besluit waartegen hij opkomt, en waarvan hij de uitvoering heeft moeten ondergaan, op het moment van de uitspraak is uitgewerkt (...)".

<sup>1537</sup> R.v.St. nr. 108.370, VRANCKEN, 24 juni 2002.

<sup>1538</sup> R.v.St. nr. 67.115, DOBBELAERE, 27 juni 1997.

"...dat uit niets blijkt dat de wetgever administratieve beslissingen met een beperkte geldingsduur uit het vernietigingscontentieux heeft gesloten, terwijl alleen al gelet op de proceduretermijnen zulks maar al te vaak het geval zal zijn bij gegrond bevinden van de stelling dat het belang van de verzoekende partij verdwijnt wanneer de geldingsduur van de door haar bestreden beslissing verstreken is (...)".

Aan deze overweging wordt in het arrest VERLINDE toegevoegd

:

"(...) dat, vooral, dit aannemen voorbij zou gaan aan de eigen aard van het annulatiecontentieux : de omstandigheid dat de aangevochten beslissing haar volledige uitvoering heeft gehad, staat op zich de vernietiging van die beslissing niet in de weg, welke vernietiging immers het bestaan, niet de uitvoering van de beslissing raakt, en welke vernietiging - zij het dan maar binnen de grenzen van het belang van de verzoekende partij - de rechtsgevolgen van de beslissing wegneemt ongeacht de feitelijke uitvoering die de beslissing gekregen heeft, onverschillig trouwens of die uitvoering geheel voltrokken is dan wel nog aan de gang ; dat het argument dat de bestreden beslissing haar volledige uitwerking heeft gehad, alleen zinvol is ten aanzien van het schorsingscontentieux ; dat een schorsingsarrest immers beoogt de uitvoerbaarheid van de bestreden beslissing lam te leggen, welk oogmerk uiteraard niet meer kan bereikt worden wanneer de beslissing volledig is uitgevoerd ; dat de Raad deze redenering reeds heeft gevoerd in zijn arrest nr. 61.223, TIMMERMANS van 29 augustus 1996, onder 2.3.2.1.;" <sup>(1539)</sup>.

Soms wordt de beperking van de geldingsduur van een benoeming door het bestuur in de hand gewerkt. In de zaak VAN MIDDEL wordt gewacht tot de terechtzitting om het argument aan te dragen dat de betrekking waarin de tussenkomende partij was benoemd en die verzoekster voor zichzelf ambieerde, recentelijk werd geschrapt. De Raad van State antwoordt daarop dat

"de schrapping van de betrekking alleen voor de toekomst geldt ; dat om verzoekster op grond van die schrapping belang te onzeggen, de exceptie er kennelijk van uitgaat dat verzoekster slechts voor de toekomst in de betrekking benoemd wil worden ; dat dit ten onrechte is ; dat het beroep, blijkens het geheel van de vermeldingen in het verzoekschrift, er ook toe strekt

---

<sup>1539</sup> R.v.st. nr. 81.380, VERLINDE, 28 juni 1999.

*verzoekster voor het verleden, met terugwerking tot 1995, in de betrekking (in geding) benoemd te zien worden (...)" (<sup>1540</sup>).*

Daarnaar refereert ook J. LUST :

*"Een annulatieberoep, dat het bestaan van een beslissing raakt, blijft zinvol ook wanneer de beslissing niet meer voor verdere uitvoering vatbaar is" (<sup>1541</sup>).*

---

<sup>1540</sup> R.v.St. nr. 118.823, VAN MIDDEL, 29 april 2003.

<sup>1541</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 120, nr. 24, vn 35.

## HOOFDSTUK 5. VERDERE EVOLUTIE IN DE RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

### *AFDELING 1. De weigering te benoemen wordt van bij het eerste geding vernietigd ook indien er geen rechtsplicht aanwezig is*

401. Na de neerlegging van de thesis die de basis van dit werk is, heeft de rechtspraak van de Raad van State een evolutie ondergaan in uitspraken o.m. gevelde als vervolg van casussen die ter illustratie van het hierin gehuldigde waren besproken (<sup>1542</sup>).

402. Nieuw daarbij is dat de Raad van State reeds van bij het eerste geding in het dictum van het arrest de weigering om te benoemen vernietigt, ook wanneer er geen rechtsplicht te benoemen bij de overheid aanwezig is. Door de vernietiging van de weigering is er onmiskenbaar een verplichting gecreëerd tot bijkomend rechtsherstel met betrekking tot degene die het voorwerp is van de weigering. Welke beslissing er moet worden genomen, hangt van het vernietigingsmotief af.

Deze laatste gedachte is terug te vinden bij J. LUST die stelt dat "de loutere vernietiging van de weigering iemand te benoemen niet inhoudt dat de betrokkene de benoeming moet krijgen, dat steeds rekening moet worden gehouden met het vernietigingsmotief dat de werking van de vernietiging nader bepaalt en verklaart", maar "dat het zin heeft om de impliciete weigering tot benoeming mee te bestrijden, alleen al om met gezag van gewijsde te doen vaststellen dat een nieuwe beslissing over de benoeming moet worden genomen" (<sup>1543</sup>).

Het gedwongen handelen overeenkomstig de vernietigingsgrond is bijvoorbeeld ook terug te vinden in het

---

<sup>1542</sup> Omdat het inschakelen van deze rechtspraak in de initiële tekst tot verwarring aanleiding zou kunnen geven, wordt die "nieuwe" rechtspraak apart vermeld.

<sup>1543</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 131, nr. 48-49. Hij verwijst aldaar (o.c. 130, nr. 48) naar de unanieme andersluidende rechtspraak. Voor een greep uit die rechtspraak, zie randnr. 206.

arrest STERCKX (<sup>1544</sup>), met dit verschil dat deze rechtspraak van oordeel is dat een expliciete vernietiging niet van node is, met name "dat het feit dat de vernietiging van de impliciete weigering impliciet begrepen is in de vernietiging van de benoeming, meebrengt dat de overheid verplicht is zich opnieuw uit te spreken over verzoekers aanspraken op benoeming (<sup>1545</sup>) maar dat zij die herbeoordeling slechts moet doen binnen de perken getrokken door de gegrond bevonden annulatiemiddelen zodat die herbeoordeling niet de verplichting insluit de verzoekende partij te benoemen, uiteraard tenzij wanneer de vernietiging juist gebaseerd is op een annulatiemiddel volgens hetwelk de overheid de rechtsplicht had hoe dan ook wel bepaald de verzoekende partij te benoemen".

Baseert het arrest STERCKX zich op de zienswijze dat het volstaat om in de overwegingen van het annulatiearrest aan te geven welke handelingsplicht er op de overheid rust, dan wordt er door de voorstelling van zaken in dit werk heen, van uitgegaan dat het gezag van de overwegingen aangaande de grondslag waarop de annulatie rust, slechts werkt met betrekking tot hetgeen gevorderd wordt en in het dictum vernietigd wordt. Indien derhalve een benoeming wordt vernietigd, werken in de door ons aangehouden visie, overwegingen die aangeven dat de verzoekende partij benoemd had moeten worden, niet met gezag van gewijsde door ten aanzien van de verzoekende partij zelf omdat deze niet in het dictum van het arrest voorkomt. Dat de verzoekende partij er impliciet in voorkomt doordat de weigering te haren opzichte getroffen in de vernietigde beslissing schuilt, betekent naar onze mening niet dat er specifiek een tot overheidshandelen nopende weigeringsbeslissing te benoemen te haren opzichte is vernietigd zodat er niet specifiek een handelingsplicht in die welbepaalde zin is gevestigd door het annulatiearrest. In de benoeming zijn de weigeringsbeslissingen van alle niet-benoemden vervat. In de vernietiging daarvan schuilt geen in

---

<sup>1544</sup> R.v.st. nr. 74.766, STERCKX, 30 juni 1998.

<sup>1545</sup> Tenzij natuurlijk als zij rechtsgeldige redenen heeft om de benoeming niet over te doen.

die zin af te dwingen handelingsplicht, ook niet indien de overwegingen daarover gewagen. Er kan - al gaat het in die casus om gebonden bevoegdheid en heeft dit arrest het slechts sporadisch over hypothesen die bij keuzebevoegdheid kunnen voorkomen - worden gerefereerd aan wat het arrest TIBAX terzake overweegt, met name dat het gezag van het vernietigingsmotief niet inwerkt op de situatie van degenen wier rechtssituatie niet door de vernietigde benoeming gewijzigd of zelfs bepaald werd en dus meer bepaald ook niet op de situatie van de verzoeker <sup>(1546)</sup>.

## ***AFDELING 2. Hoe definitief is het aldus teweeggebracht rechtsherstel ?***

403. Waar het arrest VAN POUCKE in maart 1998 het enige arrest was dat bij zuiver discretionaire bevoegdheid in het dictum de weigering te benoemen schorste <sup>(1547)</sup>, met een benoeming van verzoeker met terugwerkende kracht tot gevolg, heeft dit enkel navolging gekend door de vernietiging van de weigering aan te stellen, met een aanstelling met terugwerkende kracht als resultaat, in het eindarrest AUDENAERDE <sup>(1548)</sup>. De arresten DE MEUTER <sup>(1549)</sup>, VLAEMINCK <sup>(1550)</sup>, DEMUYNCK <sup>(1551)</sup>, DESCHEPPER <sup>(1552)</sup>, die recent ook de weigering te benoemen of aan te stellen vernietigen, vermogen ondanks die formulering in het dictum, niet hetzelfde rechtsherstel teweeg te brengen.

---

<sup>1546</sup> We verwijzen, omwille van het belang van deze passus, er nogmaals naar (zie randnr. 217) "(...)ook al wordt in de vernietigingsgrond vastgesteld dat precies de verplichting (verzoeker) te benoemen, niet werd nagekomen".

<sup>1547</sup> Beklemtoond dient te worden dat de Raad van State in het qua rechtsverloop nog steeds alleenstaand arrest VAN POUCKE (R.v.St. nr. 72.652 van 24 maart 1998) weliswaar reeds bij het tweede geding de weigering te benoemen vernietigd heeft, doch dat de overheid na het eerste annulatiearrest de procedure had hernomen waar ze was ontspoord, dus bij het onderzoek van de titels en verdiensten.

<sup>1548</sup> R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001.

<sup>1549</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002.

<sup>1550</sup> R.v.St. nr. 109.285, VLAEMINCK, 20 maart 2003.

<sup>1551</sup> R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003.

<sup>1552</sup> R.v.St. nr. 114.774, DESCHEPPER, 21 januari 2003.

Definitief verworven na het arrest in de zin van het door de verzoekende partij nagestreefde is dit rechtsherstel derhalve niet.

Zoals aangehaald heeft het eindarrest AUDENAERDE wel hetzelfde en dus een zo groot mogelijk rechtsherstel opgeleverd als hetgeen gevolgd is na het arrest VAN POUCKE. Specifiek aan dit geval is dat het om een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid gaat waarvan de zaak ten gronde werd behandeld op basis van artikel 94 van het procedurereglement, dat toelaat kennelijk gegronde beroepen terstond te behandelen <sup>(1553)</sup>. Aldus toont het de snelheid aan waarmede door de Raad van State effectief rechtsherstel kan worden verleend. Binnen een tijdspanne van een jaar na het indienen van haar eerste verzoekschrift <sup>(1554)</sup> werd over vier verzoekschriften uitspraak gedaan en heeft de verzoekster niet alleen de tijdelijke aanstelling die haar ten onrechte was geweigerd, doch ook een vaste benoeming verworven. Het eindarrest baseert zich op de gedachte uit het arrest VAN POUCKE dat de overheid niet meer geacht kan worden nog deugdelijke motieven te kunnen aandragen nadat haar daartoe verscheidene kansen waren geboden.

***AFDELING 3. De weigering om de aanspraken van verzoekende partij te honoreren wordt niet apart vernietigd doch als vernietigingsgrond voor de weigering te benoemen beschouwd***

404. Vooraleer het rechtsherstel door deze gedingen teweeggebracht, in concreto te bespreken, dient verwezen te worden naar de reactie van de Raad van State op de subsidiaire vordering van verzoekster DE MEUTER om de weigering om haar titels en verdiensten wettig in aanmerking te nemen, te vernietigen <sup>(1555)</sup>. Zoals blijkt uit dit werk wordt zulk een vordering gesuggereerd ter ondersteuning van de tweede schakel

---

<sup>1553</sup> S. DE TAEYE, *Procedures voor de Raad van State*, o.c. 168 nr. 228.

<sup>1554</sup> R.v.St. nr. 93.940, AUDENAERDE, 13 maart 2001, R.v.St. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001 ; R.v.St. nr. 97.202, AUDENAERDE, 28 juni 2001 en R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001.

<sup>1555</sup> Zie de "tweede fase", vanaf randnr. 395.



in de ketting van drie, schakel naar het ons voorkomt juridisch noodzakelijk om de benoemingssituatie te bevriezen zodat de Raad van State de verplichting in de considerans zou kunnen schrijven dat de overheid nog slechts rekening mag houden met de "spelers van het vorig proces". Er werd voor die formulering geopteerd omdat het naar het ons voorkwam om een van de benoeming onderscheiden beslissing gaat (<sup>1556</sup>) en omdat ernaar gestreefd werd alzo het ogenblik van het onderzoek van de titels en verdiensten te fixeren zonder, met de bekende gevolgen, de rechtspraak te bruskeren, door onmiddellijk te vorderen dat de weigering te benoemen zou worden geannuleerd. Die fixatie gebeurt in de "nieuwe" rechtspraak, mogelijk in bepaalde gevallen toch, door de vernietiging duidelijk aan precies omschreven overwegingen te koppelen die "moduleren" wat er vernietigd wordt en alzo aangeven wat er werkelijk door de Raad van State geannuleerd wordt en wat door de Raad aan de verwerende partij gevraagd wordt als rechtsherstellende handeling te nemen.

405. Het zij herhaald dat de precieze formulering van wat er kan gevorderd en derhalve in het dictum kan vernietigd worden, of het nu de weigering is de kandidatuur van verzoekende partij te erkennen of de weigering rechtens rekening te houden met haar aanspraken, van ondergeschikt belang is, maar het moest en moet in onze gedachtengang wel om de weigering tot deugdelijk onderzoek op een bepaald moment gaan, niet om de in haar absoluutheid begrepen weigering tot benoeming waardoor alleen nog de benoeming mogelijk is na het arrest.

In dat opzicht komt het ons voor dat de vernietiging van de beslissing om verzoeker "al dan niet te benoemen", voorkomend in de overwegingen van het arrest VERMOTE (<sup>1557</sup>), die

---

<sup>1556</sup> Die beslissing is genomen, noodzakelijkerwijze, door het onderzoek van de titels en verdiensten der kandidaten. Ze slaat op een andere persoon, met name de verzoekende partij ; heeft een ander voorwerp, met name de weigering om die partij te benoemen ; kent andere motieven, met name de redenen waarom de overheid die partij niet wenst te benoemen en die redenen vermochten niet te worden aangewend.

<sup>1557</sup> "(...) Dat door niet te antwoorden op die aanspraken en derhalve geen beslissing te nemen om verzoeker al dan niet vast te benoemen, de verwerende

aan de overheid wél een handelingsplicht oplegt om te onderzoeken of verzoekende partij ja dan neen kan worden benoemd zonder de absolute verplichting te benoemen, wellicht beter voor de formulering van de ons in de tweede fase voor ogen staande vordering in het voorwerp van het verzoekschrift kan worden gehanteerd en dan misschien geredelijker door de Raad van State zou kunnen worden aanvaard dan de wijze waarop verzoekende partij DE MEUTER haar vordering omschreef.

Wel diende in de zaak VERMOTE een beslissing te worden genomen ten aanzien van één kandidaat, zodat het duidelijk ging over de rechtsvraag of die kandidaat nu al dan niet kon worden benoemd <sup>(1558)</sup>. Doch indien meerdere kandidaten in geding zijn, vermag de overheid nog steeds, indien zij de verdiensten van de verzoekende partij van het eerste of van het vorige geding deugdelijk waardeert en zodoende tegemoet komt aan de motieven van een eerder annulatiearrest, een andere kandidaat benoemen. Zulk een formulering zou er derhalve wel toe leiden dat de overheid twee beslissingen moet nemen, één over de vraag of zij verzoekende partij al dan niet benoemt, één over de vraag wie zij dan wel benoemt indien dit niet verzoekende partij is en dan kan in het arrest worden overwogen dat het antwoord op die vragen dient te worden gegeven binnen het raam van de vorige benoemingsprocedure. Zulk een dragende considerans sluit uit dat een nieuwe benoemingsprocedure wordt gestart.

406. De Raad oordeelt desaangaande (opnieuw <sup>(1559)</sup>) in het arrest DE MEUTER <sup>(1560)</sup> dat het eventuele verzuim bij de benoeming en bij de weigering te benoemen, om verzoeksters aanspraken naar behoren te waarderen en te toetsen, een onwettigheid uitmaakt die de rechtsgeldigheid van de benoeming of de weigering te benoemen aantast en dat, in zoverre

---

*partij kennelijk de genoemde bepalingen van de rechtspositieregeling (...) heeft geschonden (...)" (R.v.st. nr. 119.516, VERMOTE, 19 mei 2003 ; zie eerder het vernietigingsarrest nr. 107.562, VERMOTE, 10 juni 2002).*

<sup>1558</sup> De Raad van State vernietigt de fictieve weigeringsbeslissing, verzoeker al dan niet vast te benoemen.

<sup>1559</sup> Zie randnr. 395, par. 2, B ; zie ook voetrn. 1555.

<sup>1560</sup> R.v.st. nr. 113.008, DE MEUTER, 17 december 2002.

verzoekster die onwettigheid bestraft wil zien, zij op die grond om de nietigverklaring van de benoeming en van de impliciete weigering te benoemen kan verzoeken. De Raad stelt dat deze subsidiaire vordering met dat verzoek samenvalt en verwijst naar de bespreking ervan.

De Raad van State vernietigt als antwoord hierop de weigering te benoemen. Door de wijze waarop de dragende considerans wordt geformuleerd komt de vernietiging van de weigering te benoemen qua rechtsherstel op hetzelfde neer als dat aan de overheid gevraagd wordt of zij nu al dan niet verzoekster benoemt. Het arrest TIBAX acht deze werkwijze juridisch mogelijk indien zulks gevorderd werd en indien de toewijzing door middel van de vernietiging van die vordering kan plaatsvinden op de specifieke grond dat de waardering van de verdiensten van verzoekende partij niet deugdelijk geschiedde. Dat verschaft deze partij de zekerheid dat haar verdiensten de tweede keer wel deugdelijk zullen worden gewaardeerd, aldus het arrest TIBAX <sup>(1561)</sup>.

De na het arrest TIBAX tot stand gekomen rechtspraak <sup>(1562)</sup> is, zoals aangegeven, van oordeel dat de vernietiging van de weigering te benoemen niet expliciet moet gevorderd worden en dat die weigering niet expliciet moet vernietigd worden om dat wel te zijn ; de vernietiging van de benoeming in het dictum en de daarin begrepen weigering wordt immers gepreciseerd in de onverbrekkelijk met dat dictum verbonden motieven. Het gaat derhalve om hetzelfde rechtsherstel, al hebben wij in dit werk gemotiveerd waarom het belangrijk was de weigering te benoemen expliciet te vernietigen ; daar is de Raad van State, zij het een eenmalige keer bij discretionaire bevoegdheid, in het eerder besproken arrest VAN POUCKE, arrest van die periode, toch ook toe overgegaan en daar gaat de Raad van State thans opnieuw toe over.

---

<sup>1561</sup> R.v.st. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 6.3.

<sup>1562</sup> Periode na de "Tibaxiaanse" periode (tweede stroming in de rechtspraak).

De vraag die rijst is of de Raad van State, zonder de overheid de plicht op te leggen verzoekster te benoemen, in het arrest nr. 113.008 de "fuik" toch niet volkomen vermocht te maken, ook terwijl hij de weigering te benoemen vernietigt. Er blijkt zich niets te verzetten tegen een dragende overweging die aangeeft dat de rechtsherstellende maatregel ten opzichte van verzoekster moet gebeuren door een zich rechtens plaatsen op het tijdstip van de onwettigheid, met name bij het vorig onderzoek van de aanspraken, met degenen die toen kandidaat waren en op grond van de toen geldende regelgeving. Alzo zou de mogelijkheid van een nieuwe vacature niet langer toegelaten zijn geweest. Wel is belangrijk dat dit arrest nr. 113.008 preciseert dat die nieuwe vacature geen *tabula rasa* mag inhouden :

*"dat evenwel ook wanneer de benoemingsprocedure volledig herbegonnen wordt teneinde nieuwe kandidaten de gelegenheid te geven hun kandidatuur in te dienen, de overheid die de aanspraken van de kandidaten te beoordelen heeft, niet zomaar zonder deugdelijke motivering kan voorbijgaan aan de adviezen die bij de vorige benoemingsprocedure werden uitgebracht maar desalniettemin de loopbaan en ervaring van de kandidaten betreffen ; dat de overheid weliswaar niet gebonden is door die adviezen, maar evenmin kan doen alsof die adviezen niet bestaan, zeker niet nadat de betrokkene haar aandacht erop gevestigd heeft en al helemaal niet omdat het bewuste advies te dezen een essentieel gegeven was in de vorige beoordelingsmomenten die zich afspeelden tussen dezelfde kandidaten en die door de Raad van State ondeugdelijk werden bevonden, dat in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij in haar laatste memorie betoogt, aldus dat "oudere rapport" wel degelijk nog als relevant diende te worden beschouwd ; dat alleszins vastgesteld moet worden dat van enige vergelijking van de ervaring van de kandidaten - vergelijking die volgens de commissie ditmaal in het voordeel van de tussenkomende partij zou moeten uitvallen en waardoor het verslag Coppens zou weerlegd worden - in het verslag van de commissie niets is terug te vinden"* <sup>(1563)</sup>.

Derhalve dient vastgesteld te worden dat ondanks de vernietiging van de weigering te benoemen, de Raad van State, althans in dit arrest DE MEUTER, blijkbaar nog steeds ruimte

---

<sup>1563</sup> R.v.St. nr. 113.008, DE MEUTER, 17 december 2002, overw. 3.2.5.1.

laat voor een nieuwe vacantverklaring, terwijl in dit werk precies wordt beoogd dat na een tweede annulatiearrest, een nieuwe vacantverklaring niet meer kan. De Raad van State overweegt in dit arrest overigens zelf dat het reeds de derde keer is dat de overheid zich over de aanspraken op benoeming van de kandidaten buigt (<sup>1564</sup>). J. STEVENS stelt kort en krachtig bij het arrest AUDENAERDE, dat "viermaal scheepsrecht" (<sup>1565</sup>) is. Dit werk beoogt het in drie fases te zien bewerkstelligen (<sup>1566</sup>) want de rechtspraak van de arresten VAN BEVER (<sup>1567</sup>) en TIBAX (<sup>1568</sup>), met name dat de overheid na het eerste vernietigingsarrest geen beoordelingsbevoegdheid meer overhoudt indien haar oordeel kennelijk onredelijk is bevonden, kan slechts zeer uitzonderlijk nuttig op een zaak worden betrokken. Inderdaad is er in dat geval geen plaats meer voor andere beslissingen, maar er kan stellig geoordeeld worden dat een benoeming zelden kennelijk - het woord kennelijk wordt benadrukt - onredelijk is terwijl er in de rechtspraak over dient gewaakt te worden het louter redelijke niet in de plaats van het kennelijk onredelijke als maatstaf voor het overheidsonderzoek te hanteren ; ook het arrest TIBAX oordeelt overigens dat de overheid in de andere gevallen dan de "kennelijk onredelijke", de kandidaat een tweede maal rechtmatig vermag af te wijzen. Indien alleen de motieven onwettig zijn zonder daarbij kennelijk onredelijk te zijn, zou de hakbijl van de dwang tot handelen of tot benoemen de overheidsvrijheid uitschakelen om na één annulatiearrest nog andere motieven naar voren te brengen en zou de overheid

---

<sup>1564</sup> "is gebleken dat de commissie - en dit voor de derde maal tussen dezelfde kandidaten en voor een vergelijkbaar mandaat in dezelfde instelling - verzuimd heeft hun aanspraken objectief te beoordelen en te vergelijken en voorts ervaring van de tussenkomende partij in haar voordeel in rekening bracht die buiten de vergelijking met verzoekster diende te worden gehouden (...)".

<sup>1565</sup> J. STEVENS, *T.B.P.* 2002, 731-732.

<sup>1566</sup> Zie de gevallen waar tot zesmaal toe wordt benoemd, randnr. 255.

<sup>1567</sup> R.v.st. nr. 23.870, VAN BEVER, 10 januari 1984.

<sup>1568</sup> R.v.st. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 3.2.

slechts één kans op onderzoek hebben gekregen terwijl toch rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat het bestuur zich te goeder trouw heeft vergist, dat het de onregelmatigheid wil goedmaken, of gewijzigde omstandigheden de overheid niet meer toelaten de situatie te herstellen of dat een nieuwe rechtssituatie is ontstaan.

***AFDELING 4. Afgestapt wordt van de leer dat de benoeming de weigering te benoemen insluit en dat die weigering geen aparte behandeling hoeft te kennen.***

407. De "nieuwe" rechtspraak overweegt dat de weigering om verzoekende partij te benoemen of aan te stellen weliswaar uit de benoeming van de tussenkomende partij blijkt, maar er niet mee samenvalt. Het gaat om twee verschillende beslissingen, de ene impliciet, de andere expliciet. Ook impliciete beslissingen zijn voor nietigverklaring vatbaar. Tot daar loopt de "Tibaxiaanse" rechtspraak parallel met de sinds 1985 tot stand gekomen jurisprudentie.

De positieve beslissing en de erin vervatte weigeringsbeslissing worden als aparte beslissingen beschouwd, die allebei aan het door de verzoekende partij aangevoerde rechtmatigheidsbezwaar worden getoetst. Die toetsing gebeurt in het arrest DEMUYNCK als volgt <sup>(1569)</sup> :

*"(...) dat, aldus begrepen, het rechtmatigheidsbezwaar dat verzoeker aanvoert tegelijk nuttig betrokken kan worden op het besluit tot toelating tot de proeftijd van tussenkomende partij en op de uit die bevordering blijkende weigeringsbeslissing ; dat immers bij het gegrond bevinden van dit middel de weigering om verzoeker toe te laten tot de proeftijd onwettig is, nu zij geen steun vindt in een deugdelijk onderzoek van zijn aanspraken ; dat in dat geval ook de bevordering van de tussenkomende partij is geschied zonder deugdelijke vergelijking van de aanspraken van de in concurrentie tredende kandidaten ; dat dit dan de vernietiging verantwoordt zowel van de toelating tot de proeftijd van de tussenkomende partij als*

---

<sup>1569</sup> R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003.

*van de impliciete weigering om verzoeker de toelating tot de proeftijd te verlenen* <sup>(1570)</sup>.

Het arrest DE MEUTER hanteert dezelfde redenering <sup>(1571)</sup>.

De "nieuwe" rechtspraak benadrukt dat het voor de verzoekende partij nut kan hebben om, met de vernietiging van het bestreden benoemingsbesluit, tevens de nietigverklaring te vorderen van de weigering haar te benoemen ; inwilliging van die bijkomende vordering vereist immers maatregelen van rechtsherstel die specifiek op de rechtssituatie van de verzoekende partij betrekking hebben, hetgeen niet (noodzakelijk) het geval zou zijn indien alleen de nietigverklaring van de benoeming van de tussenkomende partij werd gevraagd en uitgesproken ; immers, het bijkomend rechtsherstel dat de overheid na en naast een vernietiging verplicht is te verlenen, is normaal beperkt tot hen wier rechtssituatie door de vernietigde beslissing gewijzigd werd of juist niet gewijzigd werd <sup>(1572)</sup>.

408. Dat bleek reeds uit de rechtspraak van de jaren tachtig, die was voor goed anderhalf decennium verlaten, maar wordt nu opnieuw jurisprudentieel gepreciseerd. Hiermede wordt aangesloten met de in dit werk gehuldigde gedachtengang.

De rechtspraak na de Tibax-periode oordeelt het, zoals aangehaald, overbodig de twee beslissingen een aparte behandeling te geven, zowel bij gebonden als bij discretionaire bevoegdheid. De weigering steekt volgens deze rechtspraak juridisch-logisch steeds in de positieve beslissing en een aparte behandeling - vernietiging - is slechts nodig voor de

---

<sup>1570</sup> Dit toont ook de onwettigheid aan van de vaste benoeming die op de toelating tot de proeftijd is gevolgd (R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003).

<sup>1571</sup> "(...) dat het (...) middel in die mate gegrond is ; dat het de nietigverklaring verantwoordt zowel van de benoeming van de tussenkomende partij als van de impliciete weigering verzoekster te benoemen ; dat immers zowel de ene als de andere beslissing op de rangschikking van de commissie voor werving en bevordering steunt; (...)".

<sup>1572</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002 ; R.v.St. nr. 114.774, DESCHEPPER, 21 januari 2003.

duidelijkheid in het rechtsverkeer maar niet om specifiek rechtsherstel voor de verzoekende partij te bewerkstelligen. Deze "navolgende" rechtspraak is van oordeel dat het altijd van de overwegingen afhangt wat de overheid na het arrest nog te doen staat en dat een expliciete vernietiging in het dictum van het arrest daar niet mèèr draagkracht kan aan geven. De overheid moet doen wat het recht haar gebiedt te doen. Slechts bij onwillige of onwetende overheden heeft het zin, maar dan niet omwille van het recht doch om de zekerheid in het rechtsverkeer, dus om de overheidsbenadering in de juridisch vereiste richting te leiden, om afzonderlijk nog eens de impliciete weigeringsbeslissing te vernietigen. Er dient wel op gewezen dat bij gebonden bevoegdheid toch steeds de impliciete weigeringsbeslissing apart in het dictum van het arrest werd vernietigd.

409. Hier kan de vraag aan de orde worden gebracht of een arrest van de Raad van State dan niets mèèr vaststelt dan "het bestaande recht", of het arrest weliswaar vernietigt wat in strijd met het recht is gebeurd, maar niets toevoegt aan de rechtsordening. Die vraag wordt o.m. door J. LUST gesteld (<sup>1573</sup>). J. LUST wijst terecht op het feit dat het toch ten gevolge van de uitspraak door de Raad van State is dat de overheidsverplichting te benoemen geactiveerd wordt :

*"Wanneer met de benoeming werd tegemoetgekomen aan een wettelijke of reglementaire verplichting om te beslissen, kan worden gesteld dat in dit geval de verplichting om na de vernietiging van de benoeming tot een nieuwe benoeming over te gaan niet uit het arrest volgt, maar uit de wet of het reglement. Evengoed moet nochtans worden vastgesteld dat het precies door en ten gevolge van de vernietiging is dat een nieuwe benoeming dient te gebeuren. In dit licht houdt het verzuim om opnieuw te benoemen een tekortkoming in aan het vernietigingsarrest, dat juist de verplichting daartoe reactiveerde" (<sup>1574</sup>).*

---

<sup>1573</sup> J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 130, nr. 47 en de onder vn. 69 aangehaalde rechtsleer.

<sup>1574</sup> Zie bijvoorbeeld ook voormeld arrest CORVERS nr. 85.421 van 21 februari 2000 dat "de verplichting" activeert "om verzoekster bij wijze van



In diezelfde zin spreekt zich M. LEROY uit (<sup>1575</sup>):

*"(...) Sans doute, à strictement parler, n'est-il pas erroné de considérer que l'annulation se borne à faire disparaître un acte, et que les obligations qui peuvent apparaître à la suite de l'arrêt trouvent leur source dans les règles de droit applicables, et non dans l'arrêt. Mais on peut en dire autant de la plupart des jugements, qui "disent" le droit plus qu'ils ne le créent, et bien souvent, les obligations qui découlent de la législation ou de la réglementation sont explicitées ou impliquées par l'arrêt en un sens qui n'apparaît pas à l'évidence des textes mêmes. Nier qu'un arrêt du Conseil d'Etat puisse imposer des obligations, c'est réduire le droit administratif à un jeu intellectuel, et méconnaître la réalité des choses. Le législateur en a pris conscience, et a ouvert aux requérants qui ont obtenu gain de cause, la possibilité d'obtenir du Conseil d'Etat qu'il condamne l'administration au paiement d'une astreinte si elle omet d'exécuter les obligations qui découlent pour elle de l'arrêt."*

410. De opvatting dat een arrest van de Raad van State alleen "het recht zou vaststellen", er dus niets zou aan toevoegen waarvan de overheid geen kennis heeft en waaraan zij dus niet evengoed zonder volgende rechterlijke uitspraken kan aan tegemoetkomen, strookt al niet met het feit dat het arrest "het recht" vaststelt met een draagkracht waarmede de overheid het niet kan vaststellen, met name met het gezag van gewijsde erga omnes (<sup>1576</sup>). Maar er is meer. Bedoelde opvatting strookt niet met het gegeven dat de rechterlijke vaststelling van de schending van de materiële motiveringsplicht - een grondwettelijk rechtsbeginsel (<sup>1577</sup>) - wel kan aanduiden wat de

---

*rechtsherstel aan een examen te laten deelnemen en, indien zij slaagt (...) haar in een bepaalde salarisschaal in te schakelen".*

<sup>1575</sup> M. LEROY, *Contentieux administratif*, o.c., 2000, 629.

<sup>1576</sup> "De Raad van State mag dan wel, wanneer hij een benoeming vernietigt, volgens het bestaande recht oordelen ; eens hij dat gedaan heeft, voegt zich aan dat recht ook datgene wat hij beslist heeft, het gewijsde, toe." (J. LUST, "De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 109, nr. 2).

<sup>1577</sup> Zie randnr. 27 voetnoot 74.

overheid onrechtmatig heeft gedaan maar enerzijds niet alle mogelijkheden kan aanreiken waarbinnen de overheid wel rechtmatig kan handelen terwijl anderzijds opeenvolgende gedingen kunnen aantonen hoe moeilijk toegankelijk die juiste voorstelling van het recht voor de overheid wel kan zijn <sup>(1578)</sup>.

411. Daarvan mag het volgende voorbeeld aangaande de opeenvolgende arresten DERUDDER blijk geven : bij arrest nr. 91.057 <sup>(1579)</sup> wordt in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van 19 september en 25 oktober 2000 van de examencommissie betreffende het tweede jaar sociaal werk, (...) van de Hogeschool Gent waarbij zij met betrekking tot Kim DERUDDER beslist dat deze niet is geslaagd.

In uitvoering van dit schorsingsarrest beslist de examencommissie op 19 december 2000 de deliberatie te hernemen en verzoeker opnieuw niet geslaagd te verklaren. De Raad van State besluit bij arrest nr. 92.026 <sup>(1580)</sup> deze beslissing van 19 december 2000 te schorsen bij uiterst dringende noodzakelijkheid (schorsing van het tweede overheidsonderzoek), beveelt om verzoeker onmiddellijk na de kennisgeving van het arrest in te schrijven als regelmatig student in het departement sociaal-agogisch werk, derde jaar sociaal werk en om laatstens op zestien januari 2001 tot zijn deliberatie te doen overgaan.

De daarop volgende herdeliberatie van verzoekende partij wordt opnieuw geschorst bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij arrest nr. 93.149 <sup>(1581)</sup> (schorsing van het derde overheidsonderzoek).

---

<sup>1578</sup> Zie het arrest BOCKSTAEL : *"dat verzoekende partij, verwerende partij en tussenkomende partij de regelen die op de onderhavige zaak betrokken worden of lijken betrokken te kunnen worden op uiteenlopende wijze interpreteert. Dat wie zijn recht zoekt er dus best heel wat last mee kan hebben het ook te vinden"* (R.v.St. nr. 62.591, BOCKSTAEL, 16 oktober 1996, overw. 2.2.1.).

<sup>1579</sup> R.v.St. nr. 91.057, DERUDDER van 23 november 2000.

<sup>1580</sup> R.v.st. nr. 92.026, DERUDDER, 9 januari 2001.

<sup>1581</sup> R.v.st. nr. 93.149, DERUDDER, 8 februari 2001.

De ter uitvoering van dat laatste arrest gehouden herdeliberatie van 23 februari 2001 (vierde overheidsonderzoek) wordt alweer bij wege van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging aangevochten doch de Raad van State verwerpt de vordering bij arrest nr. 94.533 (<sup>1582</sup>). De vierde deliberatie wordt deugdelijk gemotiveerd bevonden nadat de Raad telkenmale uitvoerig had uitgelegd hoe dezelfde beslissing te motiveren.

412. Wordt aan de overheid telkens de mogelijkheid geboden haar onregelmatigheid terzake de motivering recht te zetten, is de beslissing - uiteraard daar voorgaande arresten uiteenrafelen wat inzake motieven niet kan aangevoerd worden - op de duur wettig gemotiveerd maar kunnen vragen rijzen betreffende de houding van de administratieve rechter. Werd, bij het aspect van de mogelijke ontmoediging van de verzoeker, aangevoerd dat de in dit werk gehuldigde visie, die drie opeenvolgende gedingen vraagt, toch noodzakelijk is met het oog op volledig rechtsherstel, dan werd ook aangegeven dat aan overheden niet mèèr kansen mogen worden geboden (<sup>1583</sup>). In dat opzicht lijkt het arrest ROELANDT niet te willen afstevenen op een carrousel van schorsingen waar het bij het tweede geding oordeelt

*"Overwegende dat echter geen van beide partijen in huidig geschil er baat bij hebben de tenuitvoerlegging van een beslissing geschorst te weten met het enkele doel haar formulering onberispelijk te maken (...)"* (<sup>1584</sup>).

#### **AFDELING 5. Uiteenliggend rechtsherstel daar de vernietiging van de weigering geschiedt in functie van de considerans**

---

<sup>1582</sup> R.v.st. nr. 94.533, DERUDDER, 5 april 2001.

<sup>1583</sup> Zie ook de zaken MACKEN waar uiteindelijk de verzoeker werd afgewezen omdat de overheid finaal deugdelijk had gemotiveerd (R.v.St. nr. 34.532, MACKEN, 27 maart 1990 (schorsingsarrest) ; R.v.St. nr. 35.461, MACKEN, 13 juli 1990 (vernietigingsarrest) ; R.v.St. nr. 37.188, MACKEN, 11 juni 1991 (schorsingsarrest) ; R.v.St. nr. 38.243, MACKEN, 3 december 1991 (behandeling ten gronde ; verwerping).

<sup>1584</sup> R.v.st. nr. 110.936, ROELANDT, 3 oktober 2002 en R.v.St. nr. 111.840, ROELANDT, 24 oktober 2002, noot B. VERBEECK, "Over zorgvuldig motiveren en redelijk examineren" T.R.O.B. 2002, 398-405.

413. Het rechtsherstel in de zaak DE MEUTER heeft ertoe geleid dat verzoekster benoemd is geworden. Na het arrest dient rekening te worden gehouden met het tien jaar voordien opgemaakte verslag dat haar als de beste kwalificeerde, enerzijds, mits weglating van de ondertussen door de benoemde verworven verdiensten anderzijds. De Raad van State oordeelt :

*"(...)dat die nietigverklaring met zich meebrengt dat de verwerende partij verplicht is zich opnieuw uit te spreken over de aan verzoekster geweigerde benoeming".*

Na het arrest moest de overheid derhalve specifiek ten aanzien van de niet-benoeming van verzoekster een beslissing nemen terwijl zij duidelijk uit de overwegingen van het arrest als de betere kandidate naar voren treedt. De uitdrukkelijke vernietiging van de impliciete weigering om verzoekende partij te benoemen verplichtte de overheid er zoals gezegd niet ipso facto toe haar te benoemen (<sup>1585</sup>), wel zich opnieuw over de aan verzoekende partij geweigerde benoeming uit te spreken. Ook hier oordeelt de Raad dat wat de overheid die zich opnieuw uitspreekt, daarbij nog mag of moet doen, afhankelijk is van het motief dat tot de nietigverklaring van de afwijzende beslissing heeft geleid en dat doet kennen welke rechtsplicht het bestuur bij het nemen van de beslissing heeft overtreden (<sup>1586</sup>).

414. In de zaak DEMUYNCK zal het rechtsherstel erin bestaan de titels en verdiensten van verzoeker met het oog op toelating tot de stage opnieuw te onderzoeken, mits weglating van de niet wettig bevonden motieven om hem die toelating niet te verlenen. De vaststelling in het vernietigingsmotief dat verscheidene eerder aangehaalde redenen door de overheid niet meer kunnen worden aangewend, houdt impliciet in dat zij er ter eventuele handhaving van de vernietigde beslissing, nieuwe moet vinden. Worden ze niet gevonden, dan volgt daaruit

---

<sup>1585</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002.

<sup>1586</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002 ; R.v.St. nr. 114.774, DESCHEPPER, 21 januari 2003 ; R.v.St. nr. R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003.

normalerwijze dat de balans in het voordeel van verzoeker zal omslaan. Het komt zeer onwaarschijnlijk voor dat die nieuwe motieven gevonden worden. Er zou kunnen worden gesteld dat uit de overwegingen van het arrest DEMUYNCK wel de "fixatie" voor de overheid aanwezig kan worden geacht om zich te plaatsen op het ogenblik van het onderzoek van de verdiensten van verzoeker nu daarin wordt overwogen dat verwerende partij verplicht is zich specifiek uit te spreken over de kandidatuur van verzoeker voor de beoogde betrekking. Alleszins is het vastleggen van het onderzoeksmoment duidelijker aanwezig dan in het arrest DE MEUTER waar dit arrest expliciet nog de mogelijkheid van een nieuwe vacature oppert. Is de actiemogelijkheid bij het onderzoek van de aanspraken van verzoekster DE MEUTER sterk gemoduleerd door de overwegingen, dan is het ogenblik waarop die worden onderzocht niet vastgelegd en hoeft het zich niet noodzakelijk in het verleden te situeren. Zoals vermeld is de overheid toch tot benoeming van DE MEUTER overgegaan.

In de zaak DEMUYNCK waren zoals gezien voor een directeursambt twee kandidaten in geding (<sup>1587</sup>). De lokale raad rangschikt verzoeker DEMUYNCK als eerste en draagt hem bij consensus voor "voor de waarnemende aanstelling" doch de beslissende overheid stelt niet verzoeker maar de tweede gerangschikte aan. Bij arrest nr. 65.344 (<sup>1588</sup>) wordt de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging van die beslissing, die wordt vernietigd bij arrest nr. 68.846 (<sup>1589</sup>). De overheid doet een nieuwe oproep waarop vier personeelsleden kandideren, waaronder verzoeker DEMUYNCK. Opnieuw wordt de kandidate die de vorige keer tweede gerangschikt was en wier aanstelling werd geschorst en dan vernietigd, aangesteld. De Raad van State stelt de ondeugdelijkheid naar de motieven van deze nieuwe aanstelling vast. Vernietigd worden alzo niet alleen de toelating tot de proeftijd van de aangestelde en de daaruit blijkende weigering om verzoeker toe te laten tot de proeftijd doch ook de

---

<sup>1587</sup> Vanaf randnr. 267.

<sup>1588</sup> R.v.St. nr. 65.344, DEMUNCK, 19 maart 1997.

<sup>1589</sup> R.v.St. nr. 68.846, DEMUYNCK, 14 oktober 1997.

beslissing om de tussenkomen de partij in vast verband te benoemen.

Belangrijk is dat de Raad van State in de overwegingen van het arrest nauwkeurig heeft gepreciseerd wat de vernietiging van de weigering om verzoeker tot de proeftijd toe te laten inhoudt. Nu verzoeker geen rechtsplicht kon aantonen om hem alleen de nagestreefde aanwijzing te verlenen - het gaat om het tweede geding - brengt de nietigverklaring van de afwijzende beslissing met zich mee dat de verwerende partij verplicht is om zich specifiek opnieuw uit te spreken over de kandidaatstelling van verzoeker voor de beoogde betrekking <sup>(1590)</sup>.

415. Zo zal in de zaken VLAEMINCK het rechtsherstel er uitsluitend in bestaan dat een beslissing moet worden getroffen, hetzij tot onderzoek van de titels en verdiensten waaronder die van verzoeker, hetzij tot het al dan niet laten voortbestaan van een betrekking waarin verzoeker had gefungeerd, doch die beslissingen kunnen maar hoeven niet noodzakelijk tot de aanstelling van verzoeker te leiden. Hier dient de overheid zich te plaatsen op het ogenblik waarop de onwettige handelingen werden verricht.

De arresten VLAEMINCK <sup>(1591)</sup> vernietigen immers wel impliciete weigeringsbeslissingen tot aanstelling van verzoeker doch houden niet de verplichting in om welbepaald aan hem de aanstelling te verlenen. Nu in de arresten VLAEMINCK wordt vastgesteld dat de grondslag van verschillende bestreden

---

<sup>1590</sup> R.v.St. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003.

<sup>1591</sup> Het ambt van verzoeker, die tot 1 oktober 1993 aangesteld was aan de Industriële Hogeschool Gent, wordt afgeschaft bij beslissing van 26 april 1993 waarbij de personeelsformatie voor het academiejaar 1993-1994 wordt goedgekeurd. Deze laatste beslissing wordt nietigverklaard (R.v.St. nr. 104.883 van 20 maart 2002). Bij arrest nr. 109.285, VLAEMINCK van 15 juli 2002 worden de personeelsformatie voor het academiejaar 1994-1995, bepaalde tijdelijke aanstellingen en de impliciete weigeringsbeslissingen tot aanstelling van verzoeker die steunen op de onwettige beslissing houdende vaststelling van de personeelsformatie, vernietigd. Het gaat om de impliciete weigeringsbeslissing van 24 maart 1994 om verzoeker met de waarneming van het afgeschaft halfzijdse ambt assistent electriciteit te belasten, en de impliciete weigeringsbeslissing van 8 november 1994 om verzoeker met de waarneming van een full-time docentschap economie te belasten.

beslissingen, met name het personeelskader, onwettig was <sup>(1592)</sup>, vloeide daaruit voort dat elke daarop gebaseerde beslissing, waaronder de afschaffing van een ambt of de aanstellingen van anderen en de impliciete weigeringsbeslissing tot aanstelling van verzoeker, door onwettigheid was aangetast. Het arrest nr. 109.285 <sup>(1593)</sup> overweegt

*"dat zowel de expliciete beslissingen als de impliciete weigeringsbeslissingen tot aanstelling voor vernietiging vatbaar zijn ; dat het wel zo is dat de nietigverklaring van de impliciete weigering niet automatisch meebrengt dat de overheid verplicht zou zijn het geweigerde te geven ; dat het door de overheid aan de nietigverklaring te geven gevolg onder meer afhangt van de vernietigingsgrond" <sup>(1594)</sup> (...) dat het, tengevolge van de nietigverklaring aan de verwerende partij zal behoren een nieuwe beslissing te nemen".*

Zoals in het arrest nr. 109.285 wordt aangegeven, hangt het van het vernietigingsmotief af hoever de rechtsherstellende werking van het dictum reikt. Wordt weliswaar een impliciete weigeringsbeslissing vernietigd, dan impliceert deze vernietiging in casu niet dat er een rechtsplicht is tot aanstellen in hoofde van de overheid. De vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in deze fase van het geding impliceert, zoals telkenmale wanneer dit geschiedt, wel dat er een *handelingsplicht* is in hoofde van de overheid. Immers heeft de Raad van State heeft een beslissing met betrekking tot verzoeker vernietigd zodat zij slechts door het nemen van een nieuwe beslissing te zijnen opzichte, aan deze vernietiging kan tegemoetkomen.

Mag de verwerende partij de betrekking waarin verzoeker fungeerde, die zij had afgeschaft en waarvan de afschaffing onwettig werd bevonden, opnieuw afschaffen ? Het

---

<sup>1592</sup> De beslissingen houdende vaststelling van de personeelsformatie waren genomen bij hoogdringendheid terwijl niet was aangetoond dat het onmogelijk was de vereiste adviezen van het basisoverlegcomité en van het pedagogisch college tijdig aan te vragen ; een vormschending derhalve.

<sup>1593</sup> R.v.St. nr. 109.285, VLAEMINCK, 15 juli 2002.

<sup>1594</sup> Zelfde tekst in R.v.st. nr. 109.288, DERYCKE, 15 juli 2002 ; zowel de expliciete als de impliciete weigeringsbeslissingen worden vernietigd.

vernietigingsarrest verzet zich daar niet tegen indien de overheid deugdelijke motieven aanwendt. Die motieven waren niet aan bod gekomen in de annulatieprocedure zodat zij door de Raad van State nooit op hun al dan niet deugdelijkheid zijn getoetst. Indien de verwerende partij ervoor kiest de betrekking in stand te houden, kan zij vervolgens beslissen er al dan niet verzoeker VLAEMINCK in aan te stellen. Dat niet doen kan alweer slechts op grond van een aanvaardbare reden. Doch een formele beslissing dient te worden genomen, hetzij vaststellend dat en waarom het ambt in kwestie dient afgeschaft te worden, hetzij vaststellend dat het ambt bestaat en dat er al dan niet in kan worden voorzien door de aanstelling van verzoeker.

Indien de wettige rechtsgrond is hersteld (<sup>1595</sup>) vermag de overheid uiteraard opnieuw tot aanstelling over te gaan doch dan dient eventueel te worden nagegaan wie in de concurrentiële verhoudingen op het ogenblik van de bestreden beslissing "*in the running*" waren. Het komt ons voor dat de kandidaten op dat moment gerechtigd waren op een deugdelijk onderzoek van hun aanspraken en dat de overheid zich dient te beperken tot de spelers van het proces dat afgesloten werd met het annulatiearrest dat aanstelling en weigering tot aanstelling vernietigt. Vermocht de aanstelling niet te gebeuren zonder rechtsgrond, dan vermocht er ook niet te worden geweigerd aan te stellen zonder rechtsgrond.

De "aparte" vernietiging levert voor de verzoeker als bijkomend rechtsherstel op dat de overheid rekening moet houden met een "bevroren" situatie, dat er derhalve geen nieuwe kandidaten in de vergelijking kunnen opduiken en dat een eventueel voor de verzoeker gunstige beslissing met terugwerkende kracht moet worden genomen. Wel moet het rechtsherstel verzoenbaar zijn met de ten tijde van de vernietigde beslissingen aan de verzoeker toegewezen aanstellingen die niet op de vernietigde rechtsgrond kunnen

---

<sup>1595</sup> In de zaak nr. 109.285 van 15 juli 2002 waarin een welbepaalde tijdelijke aanstelling was bestreden.



worden gestoeld. Het rechtsherstel kan er immers nooit toe leiden dat de rechtzoekende gerechtigd wordt op mèèr dan een voltijdse betrekking en dat definitief geworden rechtsconcretiserende beslissingen in hoofde van verzoeker zelf in vraag worden gesteld.

Hier komt tot uiting het nut van de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum omdat reeds na het eerste arrest ten aanzien van de noodzakelijk te nemen uitvoeringsmaatregelen een dwangsomvordering kan worden ingesteld, wat verzoeker VLAEMINCK dan ook heeft gedaan <sup>(1596)</sup>.

416. Diezelfde tekst als in het arrest VLAEMINCK, komt in de overwegingen van het arrest THIENPONT <sup>(1597)</sup> voor, doch dit laatste arrest voegt daaraan toe :

*"met inachtneming van de geldende regels en het te verlenen rechtsherstel waartoe het arrest nr. 104.880 <sup>(1598)</sup> van 20 maart 2002 verplicht (...)".*

Het arrest vernietigt de impliciete weigeringsbeslissing verzoekster aan te stellen en die weigering dient opnieuw onderzocht te worden op het ogenblik waarop de vernietigde beslissing werd genomen.

417. In het arrest DESCHEPPER <sup>(1599)</sup> geeft de Raad van State de ruimte aan waarbinnen de overheid zich kan bewegen :

---

<sup>1596</sup> Op grond van de arresten nr. 104.883, VLAEMINCK, 20 maart 2002 en nr. 109.285, VLAEMINCK, 15 juli 2002.

<sup>1597</sup> *"dat zowel de expliciete beslissingen als de impliciete weigeringsbeslissingen tot aanstelling voor vernietiging vatbaar zijn ; dat het wel zo is dat de nietigverklaring van de impliciete weigering niet automatisch meebrengt dat de overheid verplicht zou zijn het geweigerde te geven ; dat het door de overheid aan de nietigverklaring te geven gevolg onder meer afhangt van de vernietigingsgrond (...) dat het, tengevolge van de nietigverklaring aan de verwerende partij zal behoren een nieuwe beslissing te nemen"* (R.v.St. nr. 104.881, THIENPONT van 20 maart 2002).

<sup>1598</sup> In dat arrest wordt de impliciete weigeringsbeslissing vernietigd om verzoekster aan te stellen omdat zij kandidaat was voor één van de ambten in geschil terwijl de aangestelde dat niet was.

<sup>1599</sup> R.v.St. nr. 114.774, DESCHEPPER, 21 januari 2003.

*"(...) dat mogelijk dan ook alleen verzoekster zich op de overgangsbepalingen mag beroepen ; dat een erkenning van verzoeksters aanspraken het (...)bestuur er toe dwingen moet aan verzoekster alsnog de bestreden aanstelling met terugwerkende kracht te verlenen ; dat voor een antwoord hierop doorslaggevend blijkt te zijn te weten of verzoekster beschikt over tien jaar nuttige beroepservaring ; dat het "nuttig" zijn van de beroepservaring een beoordeling vereist (...) ; dat die beoordeling een zaak is van discretionaire en niet van gebonden bevoegdheid (...)".*

In die zaak moet de Raad van State vaststellen dat er door het bestuur vooralsnog geen onderzoek en beoordeling is gedaan van verzoeksters' aanspraken ; het komt de Raad niet toe om zelf die beoordeling te doen. De door verzoekster aangevoerde gebonden bevoegdheid van het bestuur is derhalve geenszins komen vast te staan. Verzoekster voert rechtmatigheidsbezwaren aan die, behoudens op de expliciete benoeming van de tussenkomen de partij, tevens nuttig betrokken kunnen worden op de impliciete weigering om verzoekende partij te benoemen. Deze weigeringsbeslissing is evenzeer onwettig, nu zij geen steun vindt in een deugdelijke afweging van de aanspraken van verzoekster op de overgangsbepalingen. De nietigverklaring op grond van dit middel brengt mee dat de overheid verplicht is zich daarover opnieuw uit te spreken en derhalve daarbij in principe formeel stelling zal moeten nemen over verzoeksters' beroep op toepassing van de overgangsbepalingen.

Aangezien de weigering verzoekster in één van de kwestieuze betrekkingen aan te stellen als rechtstreeks gevolg kende dat zij van de volgende aanstellingsronde werd uitgesloten, en de verwerende partij de heraanstelling van verzoekende partij heeft geweigerd op grond van een motief waarvan de deugdelijkheid vooralsnog niet blijkt, is de mogelijkheid tot heraanstelling van verzoekende partij afhankelijk van het rechtsherstel dat haar wordt geboden ingevolge de nietigverklaring van de door haar bestreden aanstellingsbesluiten. Zo dit rechtsherstel zou doen blijken dat aan verzoekster onterecht de initiële aanstelling is geweigerd, heeft dit tot gevolg dat zij ook voor de heraanstelling in aanmerking moest komen. Om de verwerende

partij er toe te brengen zich in elk geval opnieuw uit te spreken ditmaal op grond van een deugdelijk motief, is er reden om ook de weigering tot heraanstelling te vernietigen (<sup>1600</sup>).

418. Het laatste arrest AUDENAERDE (<sup>1601</sup>) levert door de vernietiging van de impliciete weigering om verzoekster aan te stellen in combinatie met een precieze aanduiding van de op de overheid rustende verplichting in de overwegingen, zijnde o.m. dat verzoekster geacht moet worden recht te hebben gehad op de aanstelling, zoals reeds gesteld, op grond van het vernietigingsarrest het grootste en het door dit werk beoogde rechtsherstel op. In het arrest wordt duidelijk omschreven dat de overheid herhaaldelijk de kans heeft gehad om aan te tonen waarom zij de aangestelde boven verzoekster verkoos, maar die kans telkenmale niet heeft benut zodat zij er geen nieuwe meer vermag te krijgen. De overwegingen van het arrest motiveren uitvoerig waarom de overheid de verplichting tot aanstelling heeft. Van alle rechtspraak is dit het arrest dat na het arrest VAN POUCKE het meest stringent geformuleerde en het binnen de kortste periode verwezenlijkte rechtsherstel heeft teweegebracht.

Het komt dan ook nuttig voor in extenso het verloop van deze zaken te schetsen.

419. Op 30 november 2000 vordert verzoekster de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van 11 november 2000 om Siglinde MASSELIS aan te stellen en van de impliciete weigering haar in dit ambt aan te stellen (<sup>1602</sup>). Bij arrest nr. 93.940

---

<sup>1600</sup> R.v.St. nr. 114.774, DESCHEPPER, 21 januari 2003.

<sup>1601</sup> R.v.st. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001, zie S. WYCKAERT, *Het begrip "Bestuurlijke regularisatie" : Theorie, toepassingen en typologie*, *Proefschrift*, o.c. 428, nr. 808, vn. 2234.

<sup>1602</sup> Een selectieprocedure kent de kandidaten in een eerste fase aan de hand van een beoordeling op stukken punten toe op grond van vier criteria. Een totaal van minimaal acht punten was vereist om uitgenodigd te worden tot het persoonlijk onderhoud in de tweede fase, om vervolgens in aanmerking te kunnen komen voor een gunstige eindbeoordeling van de selectiecommissie en, ten slotte, voor een aanstelling. De selectiecommissie bevindt twee kandidaten geschikt, rangschikt Siglinde MASSELIS als eerste, verzoekster als tweede en stelt Siglinde MASSELIS bijgevolg voor voor de tijdelijke aanstelling.

(<sup>1603</sup>) wijst de Raad van State die vordering toe en overweegt in verband met de gevolgde selectieprocedure dat niet blijkt dat de tussenkomenende partij over het minimaal aantal punten beschikt om naar een volgende fase van de selectie te kunnen overgaan.

In de mate waarin de vordering betrekking heeft op de impliciete weigering om verzoekster aan te stellen, overweegt de Raad o.m.

*„dat geen rechtsplicht tot benoemen volgt uit de omstandigheid dat de keuze van de verwerende partij beperkt is tot twee kandidaten en de aanstelling van een onder hen onregelmatig zou zijn; dat de vordering onontvankelijk is in de mate dat zij gericht is tegen de impliciete weigering verzoekster aan te stellen”.*

Verwerende partij was er toe gehouden in het licht van de overweging in het schorsingsarrest, met name dat Siglinde Masselis rechtens één punt ontbeerde om haar totaal op acht te brengen, wat haar het recht zou hebben verschaft, toegelaten te worden tot de tweede fase van de selectieprocedure, de procedure daar te hernemen, dan te motiveren waarom zij desgevallend met de door de Raad gedane toetsing niet akkoord ging, eventueel een andere kwotering te geven om dan vanaf dat beoordelingsmoment tot aanstelling over te gaan.

Dat heeft zij niet gedaan. Ze heeft Siglinde Masselis weer aangesteld tot 31 augustus van het lopende schooljaar (<sup>1604</sup>) overwegende dat de continuïteit van het onderwijs diende te worden in acht genomen.

De korte aanstellingen van Siglinde Masselis hoefden op zich nog niet te betekenen dat het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest werd miskend (<sup>1605</sup>). Waar dat wel uit bleek,

---

<sup>1603</sup> R.v.St. nr. 93.940, AUDENAERDE, 13 maart 2001.

<sup>1604</sup> Verwerende partij sluit met S. MASSELIS een "onderlinge overeenkomst tot beëindiging van aanstelling op 22 maart 2001". Zonder bijkomende procedurele voorafgaanden, wordt zij verder aangesteld van 23 maart 2001 tot 3 mei 2001. Vervolgens wordt haar aanstelling verlengd van 4 mei 2001 tot 31 augustus 2001.

<sup>1605</sup> "Het gezag van gewijsde van de vernietiging van een benoeming wordt niet ipso facto miskend door de aanwijzing van de betrokken kandidaat om de functie in kwestie waar te nemen (...) Blijkt de aanwijzing tot (hoofd)doel te hebben de vernietiging van de benoeming te omzeilen, dan zou zij wèl het

was dat tegenpartij helemaal niets ondernam om lering te trekken uit de overwegingen van het schorsingsarrest. Wat haar te doen had gestaan, was nagaan of zij iets tegenover de ontleding van de criteria door de Raad van State had kunnen stellen. Was dat niet het geval, dan had zij dienen vast te stellen dat het onderzoek van de titels en verdiensten van de kandidaten had opgeleverd dat alleen verzoekster vermocht toe te treden tot de tweede selectiefase (<sup>1606</sup>). Met andere woorden, nu slechts één kandidaat aan de criteria bleek te voldoen, kon alleen die aangesteld worden tenzij zwaarwichtige redenen werden aangehaald om dat niet te doen. Maar zulkdanige redenen waren uit de stukken neergelegd ter gelegenheid van het tweede schorsingsgeding niet gebleken en waren overigens gedurende al de jaren dat verzoekster reeds eerder had gefungeerd aan de instelling, niet aan bod gekomen. De discretionaire bevoegdheid van het bestuur was op het ogenblik van het tweede geding vrijwel onbestaande geworden, minstens ten zeerste verengd. De vraag was immers welk motief verwerende partij nadien nog zou kunnen laten gelden om verzoekster niet aan te stellen. De Raad van State schorst voor de tweede maal bij arrest nr. 96.088 (<sup>1607</sup>), o.m. oordelend

*"dat, nu de tijdelijke aanstelling van Siglinde Masselis werd genomen na en als gevolg van een schorsingsarrest, dit schorsingsarrest en de voor de schorsing in aanmerking genomen redenen nieuwe gegevens vormen die van zulke aard zijn dat het bestuur verplicht was er rekening mee te houden ; dat verzoekster in de bestreden beslissing dan ook terecht de weigering mocht zien van de verwerende partij om (...) zich uit te spreken of er deugdelijke motieven bestaan om verzoekster niet de oorspronkelijk in het geding zijnde aanstelling te geven".*

---

*gezag van gewijsde schenden of in ieder geval door machtsafwending zijn aangetast" (J. LUST, en de daar aangehaalde rechtsleer ("De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State", o.c. 125, nr. 37 en vn. 50)).*

<sup>1606</sup> Die tweede fase moest niet meer worden overgedaan, nu verzoekster er een voldoende aantal punten op haalde.

<sup>1607</sup> R.v.st. nr. 96.088, AUDENAERDE, 31 mei 2001.

Deze laatste passus is belangrijk : uit het vorig schorsingsarrest haalt verzoekende partij een recht, met name dat verwerende partij ertoe verplicht is bij een aanstelling met haar aanspraken rekening te houden.

Vastgesteld wordt dat na het eerste schorsingsarrest, verzoekster voorlopig geacht moest worden als enige de selectieprocedure te hebben doorstaan. De eerdere aanstellingsprocedure wordt in haar geheel nog relevant geacht. Van een zorgvuldig bestuur, aldus de Raad van State, mag verwacht worden dat het, hetzij verzoeksters aanspraken op de oorspronkelijk bestreden aanstelling opnieuw in ogenschouw nemend, het resultaat van die heroverweging uitdrukkelijk zou veruitwendigen, hetzij haar aanspraken met die van de tussenkomende partij zou vergelijken. Een beslissing over een interimaire aanstelling in dezelfde betrekking dient rekening te houden met de resultaten van de eerste selectieprocedure of dient haar beslag te krijgen na een nieuwe, "dezelfde" aanstellingsprocedure. Dit is dezelfde gedachte als in het laatste arrest DE MEUTER (<sup>1608</sup>) voorkomend.

Na dit tweede schorsingsarrest beslist verwerende partij voor een tweede maal om Siglinde Masselis aan te stellen tot 31 augustus 2001 en bij arrest nr. 97.202 (<sup>1609</sup>) schorst de Raad van State dan ook opnieuw, voor de derde maal, o.m. onder de overweging

*„dat het tweede schorsingsarrest en de voor de tweede schorsing in aanmerking genomen redenen andermaal nieuwe gegevens vormen waarmee het bestuur verplicht is rekening te houden wanneer het een verdere beslissing neemt (...) dat de procedure andermaal onwettig verliep, dat de selectiecommissie bij de beoordeling van Siglinde MASSELIS voor een criterium hetzij geen motieven geeft, hetzij zich de eerdere, prima facie onwettig bevonden motieven zonder meer opnieuw eigen maakt, en dat de selectiecommissie voor een ander criterium uitsluitend rekening houdt met de reeds eerder prima facie onwettig bevonden aanstelling; (...) dat de verwerende partij er, voorliggende vordering inbegrepen, tot drie maal toe niet in slaagt om de vermeend betere aanspraken van haar*

---

<sup>1608</sup> R.v.St. nr. 113.008, DE MEUTER, 17 december 2002.

<sup>1609</sup> R.v.St. nr. 97.202, AUDENAERDE, 28 juni 2001.

*concurrent de toets van de schorsingsprocedure te doen doorstaan waardoor alleen verzoekster op grond van de selectieprocedure zowel voor de oorspronkelijk bestreden aanstelling als voor de interimaire aanstellingen geschikt werd bevonden";*

Na dit derde schorsingsarrest, wordt beslist een einde te maken aan de aanstelling van Siglinde MASSELIS via opzegging.

Deze beslissing verwezenlijkte een rechtstoestand die identiek was met die verwekelijkt door de geschorste beslissing tot aanstelling van Siglinde MASSELIS tot 31 augustus. De vorige schorsingsarresten oordeelden dat de verwerende partij zich, binnen de selectieprocedure op grond waarvan de betrekking initieel was gegeven, diende uit te spreken over de rechtmatigheid van de aan Siglinde MASSELIS gegeven kwotering zoals zij door het schorsingsarrest nr. 97.202 wordt omschreven. In het laatste schorsingsarrest werd bovendien vastgesteld dat de ervaring van het afgelopen schooljaar door Siglinde MASSELIS verworven op grond van geschorste aanstellingen, prima facie niet in aanmerking mocht worden genomen. Er bleef dus vaststaan dat op grond van wat zij bij de vergelijking van titels en verdiensten tussen MASSELIS en verzoekende partij in rekening vermocht te brengen, zij MASSELIS niet tot de tweede fase van de vergelijking kon toelaten zodat alleen verzoekster geacht werd tot de tweede fase toegelaten te zijn tenzij verwerende partij pertinente motieven naar voren had kunnen brengen die vermochten aan te tonen dat MASSELIS toch titels en verdiensten bezat die haar verderop hadden kunnen brengen. De verwerende partij had na het derde geding, in plaats van - de zoveelste haar geboden kans - in dier voege de vergelijking tussen verzoekster en MASSELIS over te doen, gekozen, niet voor een beëindiging ad nutum van de aanstelling van MASSELIS, maar voor een beëindiging van de aanstelling van MASSELIS die een verdere aanstelling van drie maanden inhield zonder motief en bovendien zonder de minste vergelijking te maken tussen de titels en verdiensten van beide kandidaten terwijl ten overvloede diende opgemerkt dat bovendien niet de minste redengeving werd verstrekt waarom die vergelijking niet werd gemaakt.

Dat dit voor de vierde maal geschiedde in omstandigheden die in rechte eerst driemaal *prima facie*, vervolgens kennelijk, geacht werden dusdanig te zijn dat alleen verzoekster op grond van de selectieprocedure telkenmale voor de geschorste aanstellingen in aanmerking kwam, terwijl de overheid tot viermaal toe er niet was in geslaagd motieven aan te halen waarom zij desalniettemin de *prima facie* enige in rechte in aanmerking te nemen aanspraken van verzoekster niet wilde honoreren, leidde tot het feit dat de Raad van State moest vaststellen dat de overheid moest worden geacht geen motieven meer te kunnen hebben, - minstens te kunnen aantonen dat zij ze had - <sup>(1610)</sup>, waarom zij verzoekster niet had kunnen aanstellen bij de aanvang van het academiejaar zodat verzoekster geacht moest worden recht te hebben gehad op een aanstelling.

De Raad van State heeft bij arrest nr. 98.070 <sup>(1611)</sup> "het besluit, waarbij een einde wordt gemaakt aan de aanstelling van Siglinde MASSELIS door opzegging (...) en de impliciete weigering om Hilde AUDENAERDE aan te stellen met aanvangsdatum 18 september 2000", vernietigd en alzo de impliciete weigeringsbeslissing om verzoekster voor het volledige schooljaar 2000-2001 aan te stellen, uit het rechtsverkeer weggenomen met als gevolg dat verzoekster in rechte geacht wordt voor dat schooljaar aangesteld te zijn geweest.

Belangwekkend is de volgende considerans :

*Overwegende dat de verwerende partij oorspronkelijk over een discretionaire bevoegdheid beschikte om verzoekster of Siglinde MASSELIS al dan niet aan te stellen; dat de verwerende partij na de eerste schorsingszaak nog steeds de aanstelling van verzoekster mocht weigeren, bij voorbeeld door aan Siglinde MASSELIS de voorkeur te geven, indien zij daarvoor rechtsgeldige redenen kon aantonen; dat de verwerende partij er na ieder schorsingsarrest niet toe komt andere dan *prima facie* onwettige*

---

<sup>1610</sup> Gedachte ook voorkomend in het arrest nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

<sup>1611</sup> R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001, T.B.P. 2002, 731-732, noot J. STEVENS) dat een mooie synthese bevat van een aantal in onder meer het meervermeld arrest VAN POUCKE gehuldigde argumenten om dit te doen.



redenen te geven voor de geschiktheitsverklaring van Siglinde MASSELIS of redenen te geven om verzoekster niet aan te stellen; dat verzoekster door de selectiecommissie bij iedere beoordeling geschikt is bevonden; dat de verwerende partij tot vier maal toe er niet in slaagt om motieven aan te halen waarom zij niettemin de blijkens de schorsingsarresten prima facie enige in rechte in aanmerking te nemen aanspraken van verzoekster niet wil honoreren; dat de verwerende partij bij het hernemen van het dossier bij machte is geweest meer dan eens op de motieven van haar handelen toe te zien; dat zij geacht moet worden alle gegevens betreffende de kandidaten bij haar beoordeling betrokken te hebben; dat zij bij voortdurende in gebreke is gebleven toereikende motieven te geven terwijl zij in werkelijkheid de aanstelling van Siglinde MASSELIS steeds is blijven bestendigen; dat zij door zo te handelen moet worden geacht op dit ogenblik geen rechtsgeldige motieven meer te hebben, minstens te kunnen aantonen dat zij ze heeft, om verzoekster niet aan te stellen in het vacante ambt; dat er ook geen enkele reden zich als vanzelfsprekend aanmeldt; dat verzoekster bijgevolg geacht moet worden recht te hebben gehad op de aanstelling; dat het middel ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing eveneens kennelijk gegrond is; dat de vordering bijgevolg ook moet worden toegewezen in zover zij gericht is tegen de weigering om verzoekster aan te stellen in het vacant ambt lector Engels (...);

De Raad stelt een kennelijke schending van het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest vast. De „intrekking“ van de vacantverklaring is zo flagrant onregelmatig dat ze voor onbestaande moet worden gehouden.

Verzoekster werd inmiddels ook vastbenoemd. Zij heeft absoluut verworpen wat zij uiteindelijk met haar opeenvolgende vorderingen tot vernietiging van de weigering haar tijdelijk aan te stellen beoogde ; de impliciete weigeringsbeslissing werd wel degelijk voor het gehele schooljaar vernietigd wat uiteraard impliceert dat de in de bestreden beslissingen vervatte impliciete weigeringsbeslissingen uit de rechtsorde verwijderd zijn (<sup>1612</sup>).

---

<sup>1612</sup> De vorige zaken werden dan ook ten gronde verworpen omdat verzoekster niet meer van het vereiste actueel belang deed blijken (R.v.St. nr. 108.445, AUDENAERDE, 26 juni 2002).

**AFDELING 6. Groot pluspunt van de evolutie is dat het vernietigingsarrest dat de weigering te benoemen mede vernietigt daardoor in alle gevallen een handelingsplicht teweegbrengt die kan worden afgedwongen**

420. De "nieuwe rechtspraak" toont aan dat de Raad van State zijn wettelijke mogelijkheden maximaliseert door de combinatie van de vernietiging van de weigering met overwegingen die uitleggen wat die weigering inhoudt. Na het arrest moet de overheid handelen, dat is het grote winstpunt. De getrokken lijnen zijn gebaseerd op het wettig mogelijke. Een verzoekende partij houdt aan de rechtszaak de mogelijkheid over dat recht wordt gedaan.

De ommekeer is dat de Raad van State, zoals er eerder wordt op gewezen, niet langer een rechtsplicht tot benoemen behoeft te onderkennen om apart het onderzoek naar de rechtmatigheid van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen aan te vangen en om dan het resultaat van dit onderzoek te laten kennen in de dragende considerans gecombineerd met het beschikkend gedeelte van het arrest. Het volstaat voor de vernietiging van de weigering te benoemen dat er een handelingsplicht is ofwel om al dan niet de verzoekende partij te benoemen, ofwel om een bepaalde beslissing te nemen, bijvoorbeeld of een bepaald ambt in de personeelsformatie kan blijven voortbestaan.

421. Deze "nieuwe" rechtspraak wordt niet door alle Nederlandstalige kamers van de Raad van State gevolgd. Zo wordt bijvoorbeeld in het arrest VRANCKX geoordeeld (<sup>1613</sup>) :

*"dat verzoeker de vernietiging vraagt van de in de benoeming van J. DEBELS besloten beslissing om hem niet tot kolonel te bevorderen ; dat een dergelijke vordering slechts nut heeft wanneer verzoeker ermee vastgesteld kan zien, niet alleen dat de formele benoemingsbeslissing uit het rechtsverkeer verdwijnt, maar ook dat het bestuur in het vernietigingsarrest de bindende rechtsplicht zal vinden om hem te benoemen ; dat het aan verzoeker toekomt te bewijzen dat het bestuur dergelijke rechtsplicht heeft ; dat, aangezien hij dat bewijs niet levert, ambtshalve vastgesteld wordt dat het beroep,*

---

<sup>1613</sup> R.v.St. nr. 118.682, VRANCKX, 28 april 2003.

*streckende tot de vernietiging van de impliciete weigering om verzoeker te benoemen, onontvankelijk is".*

In dit arrest wordt de traditionele leer aangehouden, met name dat de weigering te benoemen slechts kan worden vernietigd indien het bestuur de bindende rechtsplicht heeft de verzoeker te benoemen.

***AFDELING 7. Wijze waarop de Raad van State het na het arrest te voeren overheidsonderzoek omschrijft : verplicht handelen alsof de benoemde niet heeft gefunctioneerd en op grond van alle dienstige elementen met betrekking tot de verzoekende partij***

422. Zoals uit eerdergeciteerde passus blijkt (<sup>1614</sup>), wordt de bewegingsruimte qua motieven die de overheid nog te berde kan brengen, aanzienlijk verkleind na het arrest DE MEUTER (<sup>1615</sup>). Nog steeds is het bestuur er *stricto senso* niet toe verplicht verzoekster DE MEUTER te benoemen doch de Raad van State overweegt dat de overheid er bij het onderzoek van haar verdiensten rekening mee moet houden dat die van in den beginne groter waren en dat de verdiensten van de benoemde niet groter kunnen zijn geworden op grond van ervaring opgedaan in onwettige en vernietigde aanstellingen. De Raad van State stelt in het arrest DE MEUTER dat

*"(...) de nietigverklaring met zich meebrengt dat de verwerende partij verplicht is zich opnieuw uit te spreken over de aan verzoekster geweigerde benoeming ; dat daarbij zal moeten worden gehandeld alsof de tussenkomende partij nooit in enige van de mandaten heeft gefunctioneerd waarvan de aanstellingsbeslissingen door de Raad van State voorheen zijn nietigverklaard (<sup>1616</sup>); dat dienvolgens alle elementen die haar curriculum vitae bevat en die zij slechts ten gevolge van die*

---

<sup>1614</sup> Randnr 406.

<sup>1615</sup> R.v.St. nr. 113.008, DE MEUTER, 17 december 2002.

<sup>1616</sup> De Raad van State heeft o.m. aangenomen dat de ervaring van de tussenkomende partij over een periode van vijf jaar voor de benoeming, opgedaan was op grond van door de Raad van State vernietigde aanstellingen en minstens impliciet in rekening was gebracht. Zie wat het in aanmerking nemen van ervaring aangaat, randnr. 281.

*twee mandaten kan invoeren, niet in haar voordeel zullen mogen in rekening worden gebracht ; dat daarentegen aan alle dienstige elementen van verzoeksters loopbaan, onder meer deze vervat in het meervermelde verslag Coppens, wel niet langer mag worden voorbijgegaan".*

Dezelfde redenering wordt in het arrest DEMUYNCK <sup>(1617)</sup> gehanteerd en wat de ervaring betreft ook in het arrest AUDENAERDE <sup>(1618)</sup> :

*„Overwegende dat de score 3 voor anciënniteit blijkens de notulen van de selectiecommissie enkel toegekend wordt aan Siglinde MASSELIS op grond van haar anciënniteit aan de hogeschool, al dan niet in het ambt; dat de enige anciënniteit die Siglinde MASSELIS dienaangaande kan doen gelden, de diensten zijn die zij in de loop van het academiejaar 2000-2001 heeft gepresteerd; dat van die diensten bij 's Raads arresten nr. 93.940 en 96.088 is vastgesteld dat zij ten gevolge van prima facie onregelmatige aanstellingen werden gepresteerd zodat in de huidige stand van de procedure dan ook moet worden aangenomen dat anciënniteit op grond van aldus gepresterde diensten alleen al door de verwerende partij niet in aanmerking mocht worden genomen; dat overigens, mocht in de annulatieprocedure tot de vernietiging van deze aanstellingen worden besloten, deze diensten geacht moeten worden nooit te zijn gepresteerd."*

## **AFDELING 8. Conclusie**

423. Het door te overheid te geven gevolg aan het arrest hangt onder meer af van de - onverbrekkelijk met het dictum verbonden - vernietigingsgrond. De impliciete weigering van een aanvraag is voor nietigverklaring vatbaar maar de afzonderlijke nietigverklaring ervan brengt niet automatisch mee dat de overheid verplicht is het geweigerde te geven <sup>(1619)</sup> :

*"(...) dat de motivering van deze beslissing hoedanook een beoordeling hiervan diende te bevatten ; zo het bestuurscollege niet verplicht was het advies (...) te volgen en evenmin*

---

<sup>1617</sup> R.v.st. nr. 114.914, DEMUYNCK, 23 januari 2003.

<sup>1618</sup> R.v.St. nr. 97.202, AUDENAERDE, 28 juni 2001.

<sup>1619</sup> R.v.St. nrs. 105.573, DEPECKER, 105.574, BARCZUK, 105.575, SCHAUTTEET, beide van 17 april 2002.

*verplicht was verzoeksters voorstelling van feiten voetstoots aan te nemen, het dat advies en die voorstelling niet kon afwijzen met de thans voorliggende, nietszeggende motivering (...)".*

De vernietigingsgrond laat ruimte om een nieuwe afwijzingsbeslissing te treffen op grond van deugdelijke motieven (<sup>1620</sup>). Doch door de vernietiging van de weigering volgt na een arrest een handelingsplicht.

Derhalve levert de evolutie in sommige Nederlandstalige rechtspraak van de Raad van State om de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen apart in het dictum uit te spreken in elk geval bijkomend rechtsherstel op, hetzij dat de overheid (welhaast) niet anders meer kan dan de verzoekende partij benoemen, hetzij dat de overheid niet anders meer kan dan een deugdelijk onderzoek doen van de kandidatuur van verzoekende partij, al dan niet (<sup>1621</sup>) zoals zij zich ten tijde van de aangevochten beslissing voordeed - en voor dat onderzoek al weet welke redenen niet deugdelijk zijn geacht door de Raad van State -, hetzij dat de overheid niet anders meer kan doen dan een beslissing nemen. Dat er na het arrest niets meer gebeurt wordt door deze rechtspraak verhinderd. Hoe de beslissingsruimte na het arrest dient opgevuld te worden wordt bepaald door de vernietigingsgrond.

De vaststelling van een vormschending zal eventueel niet tot specifiek rechtsherstel leiden, wel tot het nemen van een beslissing die vaststelt dat de overheid niet langer een bepaalde rechtssituatie in stand wil houden of niet langer tot benoemen wenst over te gaan. Omdat er een handelingsplicht is

---

<sup>1620</sup> R.v.St. nr. 109.288, DERYCKE, 15 juli 2002 ; R.v.St. nr. 109.285, VLAEMINCK, 15 juli 2002.

<sup>1621</sup> Vraag naar de toepassing van het "tempus regit actum"-principe. De arresten DE MEUTER en DE MUYNCK sluiten niet uit - het arrest DE MEUTER stelt dat met zoveel woorden door naar de mogelijkheid van een nieuwe oproep te refereren - dat de beslissing tot onderzoek van de titels en verdiensten die na het arrest dient te worden genomen, gebaseerd kan zijn op eventueel nieuwe regelgeving en geschiedt met eventueel nieuwe kandidaten.

heeft verzoekende partij de garantie dat de overheid deugdelijke motieven naar voren moet brengen.

424. Naar het ons voorkomt dient de Raad van State bij het derde geding de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te koppelen aan overwegingen die de overheid geen ruimte meer laten om een ander dan verzoekende partij te benoemen. Anders blijft het gevaar voor verzoekende partij om afgewezen te worden op grond van motieven die door de opeenvolgende arresten van de Raad van State de juridische perfectie hebben bereikt doch in concreto niet meer dan dat (<sup>1622</sup>). Opnieuw refereren wij eraan dat verhinderd moet worden dat de verscheidene processen een "dode mus" opleveren :

*"Als de bestreden beschikking wordt vernietigd omdat zij niet met de gepast geoordeelde zorgvuldigheid is voorbereid of genomen, zegt de raadsman tegen klager : Wij hebben de zaak gewonnen ! Maar die klager moet dan, als de procedure wordt "overgedaan", ontdekken, dat hij opnieuw, maar nu zorgvuldiger, wordt afgewezen. En het brede publiek zowel als het bestuur in het algemeen krijgen geen duidelijk antwoord op de vragen, waartoe het bestuur zakelijk gehouden is en waarop de bestuurde aanspraak mag maken. Gevreesd moet worden met name dat het enthousiasme dat de Arob-jurisprudentie aanvankelijk heeft gewekt, omdat de rechter zijn veld van onderzoek breed leek op te vatten en het bestuur vaak naar huis stuurde om de zaken over te doen, zal omslaan in een stemming van teleurstelling en berusting, wanneer aan het licht komt dat men zich in veel gevallen blij heeft gemaakt met een dode mus omdat het doel van de klacht, een gunstige beslissing, niet is bereikt, maar men per saldo veel tijd heeft verdaan - alleen om vastgesteld te krijgen dat de autoriteiten U op een andere, zorgvuldiger wijze hadden moeten afwijzen. Het is te voorzien dat het systeem van rechtsbescherming door de rechter tenslotte bestuur en bestuurden in een moeras zal voeren" (<sup>1623</sup>).*

---

<sup>1622</sup> Zie het arrest ROELANDT en de zaken DERUDDER voormeld.

<sup>1623</sup> J.P.H. DONNER in "Problemen van wetgeving", Deventer, 1982, 12.

## BESLUIT

425. A. ALEN stelt dat de meeste rechtsgeleerden het standpunt hebben verdedigd dat de rechterlijke uitspraak, in casu de nietigverklaring door de Raad van State, op zichzelf belangrijk is - ook al heeft ze voor de rechtzoekende geen enkel praktisch gevolg - omwille van "*la défense du droit*" of van "*le rappel de principes de saine moralité administrative*" (<sup>1624</sup>). TERLINDEN meent in 1903 in een conclusie bij een uitspraak van het Hof van Cassatie merkwaardigerwijze nog te kunnen stellen dat :

*"Un jugement fondé sur des motifs d'éternelle et universelle justice a par lui-même sur la conscience publique, une action autrement puissante que les moyens les plus énergiques de coercition"* (<sup>1625</sup>).

Van dat standpunt is de rechtsleer uiteraard teruggekomen. Ingrid OPDEBEEK verwijst o.m. naar Jean RIVERO die schrijft dat "*...l'annulation, pour qui la sollicite, ne vaut que par ses conséquences*" (<sup>1626</sup>), mening die ook P. BLONDEEL is toegedaan :

*"Uiteindelijk kan de waarde van de annulatiebevoegdheid van de Raad van State slechts getoetst worden aan de concrete resultaten die zij oplevert voor de justitiabelen. Mochten annulatiearresten slechts stof blijken te bieden voor opwindende „juristische Spielereien" van de happy few, dan konden ze best achterwege blijven ; een maatschappelijke kosten-baten analyse zou dan wel eens ontgoochelend kunnen uitvallen."* (<sup>1627</sup>).

---

<sup>1624</sup> A. ALEN, "De gedwongen tenuitvoerlegging tegen de staat", *T.B.P.* 1978, 178.

<sup>1625</sup> A. ALEN, *l.c.*, 178, vn. 70.

<sup>1626</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming...*, o.c., 66, nr. 117.

<sup>1627</sup> P. BLONDEEL, "Een afwezige vestigingswet voor sommige apothekers ? Enkele beschouwingen bij rechtspraak van de Raad van State en de gevolgen daarvan", *R.W.* 1977-1978, 1146.

426. De administratieve rechter moet derhalve oog hebben voor de uitvoering van zijn arrest, en vertoont soms die bezorgdheid, als volgt uitgedrukt in het arrest TIBAX :

*"(...) Het feit dat de Raad van State niet bij machte is zelf toe te zien op de naleving door het bestuur van wat bij arrest beslist is, het feit ook dat degenen die de bestuursmacht hebben, geholpen door hun raadgevers, zich daarvan meer en meer bewust worden, terwijl de bereidheid verzwakt om zich te schikken naar het recht en naar rechterlijke uitspraken, brengen mede dat wat aan middelen kan worden gebruikt om tot naleving van wat bij arrest beslist werd, te komen, dan ook moet worden aangewend"* <sup>(1628)</sup> .

Overigens moet de administratieve rechter, sinds hij over de bevoegdheid beschikt een dwangsom op te leggen, na de uitspraak eventueel nagaan of zijn arrest werd uitgevoerd <sup>(1629)</sup> .

427. De wijze waarop de motievencontrole door de administratieve rechter geschiedt, wordt door hem zelf ingevuld. In den beginne was hij schroomvallig ; het bestuur moest in zijn visie bijna zo oncontroleerbaar mogelijk zijn taak kunnen vervullen. Bij discretionaire bevoegdheid heeft het de keuze tussen verschillende oplossingen en alleen als die keuze tegen alle redelijkheid inging, trad de rechter op. Gaandeweg is hij ook gaan optreden indien de motieven onbestaande waren of schaars, of later dan ten tijde van het nemen van de beslissing opgegeven, of ongeloofwaardig, of te weinig concreet waren <sup>(1630)</sup> .

---

<sup>1628</sup> R.v.St. nr. 20.599, TIBAX, 30 september 1980, overw. 1.5.3.

<sup>1629</sup> R.v.St. nr. 47.474, BABYLON, 17 mei 1994.

<sup>1630</sup> D. MAREEN, "De motieven van de administratieve rechtshandeling", l.c. 20-38. Zie D. LAGASSE, die "en matière de nominations de fonctionnaires" het volgende stelt : gedurende een eerste periode heeft de Raad van State zich elke controle op de appreciatie door de overheid onttrokken. Vanaf 1967 werd, toch door bepaalde kamers, een zekere controle op de al dan niet redelijkheid van de appreciatie uitgeoefend terwijl die evolutie in 1972 werd doorgezet en in 1978 werd bezegeld met de eerste arresten die op grond hiervan de vernietiging uitspreken ("Le contrôle du pouvoir „discrétionnaire" de l'administration par le juge", o.c. nr. 22, 139) .



428. Uit de voorbeelden aangehaald bij het onderzoek van de weigeringsbeslissing bij discretionaire bevoegdheid, blijkt dat het bestuur echt durft die bevoegdheid te misbruiken (<sup>1631</sup>). Nu er niemand anders is die dat wezenlijk kan sanctioneren (hoe zouden de kiezers dat jaren later - met een legislatuurparlement (<sup>1632</sup>) - nog ten aanzien van een beleidspoliticus kunnen doen (<sup>1633</sup>); ook voor hen is het ondertussen jaren later) en nu de administratieve rechter daarvoor in het leven is geroepen, moet hij optreden. Hij mag niet langer beducht zijn dat te doen bij steeds weerkerende fouten van de overheid.

De administratie kan zich aan de verplichting om het algemeen belang te behartigen niet onttrekken door te beweren dat de rechterlijke uitspraak niet te begrijpen of niet uit te voeren is en in elk geval niet door zich te beroepen op haar onafhankelijkheid. Zo zou zij de rechtsstaat schaakmat zetten, aldus reeds A. VANDER STICHELE in 1975 (<sup>1634</sup>). Vijfentwintig jaar later ontstaat de indruk dat de meeste onjuiste uitvoeringsbeslissingen te wijten zijn aan een gebrek aan kennis van wat het arrest inhoudt. Slechts een minderheid van de beleidsverantwoordelijken kan geacht worden er op uit te

---

<sup>1631</sup> *"Plus surprenant peut-être : les agents publics dont la nomination ou la promotion sont annulées par le Conseil d'Etat sont, aussitôt que possible, nommés à nouveau au même grade. Parfois même, ils sont pourvus de fonctions supérieures en attendant ce nouvel acte administratif"* (V. FRANCK-DE CALLATAY, « L'exécution... », l.c. 38).

<sup>1632</sup> « Omdat op het parlementaire niveau, de aanspraken op individueel rechtsherstel doorgaans moeten wijken voor overwegingen van algemeen politieke aard, wordt het belang van de individuele burger zo goed als niet beschermd door deze middelen van directe parlementaire democratie » (A. VAN MENDEL, I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling, een proeve*, verwijzend naar J. DELVA, « Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges », *T.P.R.* 1967, 383).

<sup>1633</sup> Zie terzake politieke rechtsbescherming ook S. LUST, *Rechtsherstel...*, o.c., 41-43 nr. 20.

<sup>1634</sup> A. VANDER STICHELE, "Over de uitvoering van administratief-rechterlijke beslissingen in België en in de vreemde", l.c., 67-79, inz. 72. Bij niet-naleving van het gezag van gewijsde wordt de rechtsstaat in gevaar gebracht, aldus het arrest nr. 49.895, V.Z.W. l. e.a. van 14 oktober 1994, met noot W. LAMBRECHTS, "Het vogel-arrest van 10 miljoen frank", *R.W.* 1994-95, 884-885.

zijn de administratiefrechterlijke uitspraak te omzeilen. M.L. THOMAS verwijst naar de enquête van V. FRANCK de CALLATAY die niet meent dat er systematische slechte wil bij het bestuur bestaat (<sup>1635</sup>). Dat vaak niet begrepen wordt hoe een beslissing vooral materieel moet worden gemotiveerd, is goed vast te stellen bij opeenvolgend ingediende vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging van beslissingen waarbij de overheid poogt te heroverwegen na schorsing maar dat herhaaldelijk op onvolkomen wijze doet. Onbegrip kan weliswaar worden verholpen, het is alleen jammer dat het soms verscheidene gedingen vereist. De burger overspoelt de Raad van State met vorderingen, terwijl de rechter steeds sneller en steeds meer recht moet spreken. Zoals de burger, is evenzeer de overheid gebonden door het recht. Blijkt dat ze zich niet aan het recht houdt, dan behoeft ze te weten dat de rechter haar beslissing uit het rechtsverkeer zal wegnemen. De rechtspraak van de Raad van State komt toch maar jaren later, is wellicht soms nog de redenering van de overheid.

429. Die honderden en honderden tijdelijke aanstellingen in het vroegere rijksonderwijs die zo duidelijk onwettig waren dat aan de onwettigheid niet kon worden voorbijgegaan, hebben daardoor de weg gewezen naar de totstandkoming van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen bij gebonden bevoegdheid. Vandaag zouden die gevallen grotendeels onmiddellijk kunnen behandeld worden op basis van de kennelijke gegrondheid van het annulatiemiddel. Het was een grote stap in de richting van effectief rechtsherstel dat in de zeventiger jaren het processueel middel van de vordering tot vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing de verzoekende partij te benoemen werd bedacht en dat de administratieve rechter die vordering eerst schoorvoetend, uiteindelijk omstandig gemotiveerd als ontvankelijk heeft aanvaard. Evenzovelen hebben daardoor al hun ten onrechte niet verworven anciënniteit teruggekregen en konden door het

---

<sup>1635</sup> M.L. WILLOT-THOMAS, "Les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative - Rapport Belge au IVe Congrès de l'Association Internationale des Hautes Jurisdictions Administratives, tenu à Luxembourg les 15, 16 et 17 juin 1992", A.P. (T) 1992, 71-87 (84).

vernietigingsarrest met terugwerkende kracht niet alleen een aanstelling, maar soms fictief meteen ook een toelating tot de stage en zelfs een benoeming verwerven. Voor een aantal onder hen werden vorderingen bij de burgerlijke rechter ingesteld. De fout werd immers geacht aangetoond te zijn door het arrest van de Raad van State. Er restte slechts de omvang van de schade te berekenen. Enkele duizenden Euro, tot ook enkele tientallen duizenden Euro. De overheid heeft aldus tweemaal de volle wedde betaald : eens aan de ten onrechte aangestelde als wedde, eens aan wie zijn proces won onder de vorm van schadevergoeding.

430. Datzelfde rechtsherstel was natuurlijk niet mogelijk bij discretionaire bevoegdheid. Terzelfdertijd groeide de gedachte er de Raad van State te pogen toe te brengen ook de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen te laten vernietigen ingeval de overheid keuzebevoegdheid had. Die gedachte drong zich sterk op bij het voorhanden zijn van goede tot uitmuntende kandidaten die al dan niet door het adviserend orgaan werden voorgedragen maar in elk geval zonder naspeurbare of deugdelijke reden niet werden gekozen voor benoeming. De Raad van State vernietigde die benoeming, doch niet mèèr dan dat en de overheid deed na de vernietiging van de benoeming al eens wat zij wellicht dacht dat het eventueel komend proces voor de Raad van State het meest zou vertragen en de verzoeker zou ontmoedigen : de betrekking opnieuw vacant verklaren. Het is ook ten aanzien van dat element dat nagegaan werd hoe de overheid niet telkens - zonder nog van de totale niet-uitvoering te gewagen - de verschillende mogelijkheden tot uitvoering te laten na een arrest dat de vernietiging uitspreekt op de grond dat de verdiensten van de verzoekende partij niet deugdelijk werden vergeleken met haar medegegadigde(n).

Er heeft tot nog toe van overheidswege, geconfronteerd met deze rechtspraak die de ondeugdelijke afweging van de titels en verdiensten vaststelt, in de gevallen waarin de overheid haar beslissing herneemt zonder de overwegingen van het arrest in acht te nemen, weinig mogen baten met het oog op een wettige nieuwe beslissing, behalve de confrontatie met de vastgestelde

schending van het gezag van gewijsde, aangegeven in een concrete omschrijving van wat de overheid te doen stond ter uitvoering van het arrest.

Het rechtsherstel ingevolge de schending van het gezag van gewijsde is er gekomen in het geval van herneming van de benoemingsprocedure op het punt waar deze procedure was ontspoord. Maar in andere gevallen werd na het vernietigingsarrest herhaaldelijk de betrekking weer vacant verklaard en werd er ondanks de uiterlijke schijn weer dezelfde persoon in benoemd.

431. Het is pas sinds 1998 dat de Raad van State markante stappen heeft gezet op de weg naar volledige genoegdoening na een ondeugdelijk gebleken vergelijking van titels en verdiensten. In maart 1998 was er de prachtige en met dit werk beoogde - al beoogt dit werk daartoe te komen door nog een procedure mèèr te doorlopen - doorbraak met het arrest VAN POUCKE (<sup>1636</sup>), dat de overheid bij discretionaire bevoegdheid de verplichting tot een retroactieve benoeming oplegt. In juni 1998 heeft het arrest STERCKX er reeds bij het eerste arrest ten gronde de overheid toe verplicht, indien zij in de betrekking wilde voorzien, de procedure te hernemen waar zij fout was gelopen en aan te geven waarom zij de verzoeker niet wilde benoemen terwijl zij niet meer hetzelfde onwettig bevonden motief vermocht aan te voeren. In 2001 werd in een zeer korte tijdspanne effectief rechtsherstel verleend daar in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid - weliswaar voorafgegaan door drie schorsingen - een impliciete weigeringsbeslissing aan te stellen wordt vernietigd in een geval waarbij discretionaire bevoegdheid in het spel was (<sup>1637</sup>). In 2002, na de verdediging van de thesis die als basis diende voor dit werk, is uiteindelijk de weigering te benoemen vernietigd geworden in het arrest DE MEUTER (<sup>1638</sup>), wat heeft geleid tot haar benoeming ; ook in andere rechtspraak gedurende

---

<sup>1636</sup> R.v.St. nr. 72.652, VAN POUCKE, 24 maart 1998.

<sup>1637</sup> R.v.St. nr. 98.070, AUDENAERDE, 27 juli 2001.

<sup>1638</sup> R.v.St. nr. 113.808, DE MEUTER, 17 december 2002.

dat jaar en ook dit jaar wordt de vernietiging uitgesproken van de weigering te benoemen of aan te stellen, met verschillende wijzen van rechtsherstel tot gevolg.

Het is, en zal wellicht nog een poos, moeizaam verworven rechtspraak blijven voor de Raad van State want de vrees om toch maar niet het risico te lopen om op de stoel van het bestuur te gaan zitten en een reden over het hoofd te zien die de overheid nog in petto kan hebben, is nog diep ingeworteld. Ook zit de administratieve rechtspraak nog sterk vast, ook na een annulatiearrest, aan het oordeel dat een oproep tot de kandidaten een voorbereidende handeling is in de complexe rechtshandeling waarvan de benoeming het eindresultaat is. In die visie kan niet de voorbereidende handeling ontvankelijk worden bestreden, maar alleen de benoeming <sup>(1639)</sup>. Daarom is de schorsing van een oproep tot de kandidaten in de zaken DE MEUTER een belangrijke stap en moet met het oog op snel rechtsherstel <sup>(1640)</sup> best ook de schorsing van de tenuitvoerlegging worden gevraagd van de tweede onwettige benoeming.

432. De volgende redenering wordt in dit werk gehanteerd. Iemand die een beslissing aanvecht, wil rechtsaanspraken gehonoreerd zien. Bij het aanvechten door een verzoeker van een benoeming wordt in rechte mede de impliciete weigeringsbeslissing aangevochten om de verzoeker zelf te benoemen. Hier is die impliciete weigeringsbeslissing aan de orde die de Raad van State (altijd) impliciet aanwezig weet in de positieve beslissing. Ingeval de benoeming vernietigd wordt, wordt daardoor die impliciete weigeringsbeslissing niet expliciet, dat wil zeggen niet uitdrukkelijk in het dictum, mee vernietigd.

---

<sup>1639</sup> Randnrs. 203-204.

<sup>1640</sup> Zie de overweging in het schorsingsarrest nr. 91.271, PEETERS van 4 december 2000 : "dat een schorsing in het bijzonder ook kan bijdragen om verzoeksters recht op rechtsherstel voortvloeiend uit het arrest nr. 85.657 van 29 februari 2000 binnen een redelijke termijn mogelijk te maken (...)".

De overheid herneemt de procedure, herneemt dezelfde benoeming. Diezelfde geweerde kandidaat komt er opnieuw tegen op. Indien de Raad van State de tweede maal vaststelt dat de overheid dezelfde onwettigheid heeft begaan, dan zou hij er de overheid moeten toe dwingen de procedure te hernemen daar waar die fout zich situeert ; de tweede maal heeft men immers niet meer met een (juridisch) onschuldige overheid te doen. Misschien nog wel met een onwetende overheid, maar dat mag geen verontschuldiging zijn. Temeer daar het initiatief altijd bij de overheid ligt. De Raad van State heeft in het geval DE MEUTER de formulering gebruikt dat de verzoekende partij de „rechtmatige verwachting" mocht hebben dat de overheid de beslissing zou hernemen waar zij fout was gelopen. Natuurlijk is het zoals met het vertrouwensbeginsel (<sup>1641</sup>) : de schending ervan leidt niet noodzakelijkerwijze tot vernietiging (<sup>1642</sup>).

---

<sup>1641</sup> Want hoe ruim is niet : „Een vertrouwen waarop in redelijkheid kan worden gebouwd" (M. VAN DAMME, „Goede trouw van burger en bestuur", R.W. 1989-1990, 1114) ; W. LAMBRECHTS, „Goede trouw van burger en bestuur", R.W. 1989-1990, 1121 ; M. VAN DAMME, *Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel*, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, o.c. 160, nr. 76. S. DE TAEYE, „Het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel", in B. HUBEAU en P. POPELIER (eds.), *Behoorlijk ruimtelijk ordenen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, Brugge, Die Keure, 2002, 91-176 ; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap*, *Collectie publiek recht*, Brugge, Vanden Broele, 2003, 160 pp. Zie o.m. over de algemene beginselen van behoorlijk burgerschap, I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, „Over stilzittende besturen...en stilzittende burgers", R.W. 2003, 214-221. Het vertrouwensbeginsel betreft het optreden van het actief bestuur en niet van een rechtscollège (R.v.St. nr. 93.104, MISSORTEN, 6 februari 2001).

<sup>1642</sup> Maar dat belet niet dat de Raad van State het middel van "de morele last van niet-ingewilligde rechtmatige verwachtingen" als middel onderzoekt indien bijvoorbeeld - zoals in de zaak MERKEN nr. 40.312 van 15 september 1992 - de verzoeker de tweede gerangschikte kandidaat is en de eerst gerangschikte kandidaat om een indisponibiliteitsstelling heeft gevraagd. Of dat de Raad van State de rechten van derden in bescherming neemt : "Overwegende dan weer dat, krachtens het vertrouwensbeginsel, de tussenkomende partij, nu zij sinds jaren in feite les geeft (...) en gesteld dat kwade trouw van haar niet bewezen is, wellicht ook in rechte, ten volle of tot op zekere hoogte, (...) als lerares beschouwd moet worden ; dat, aangenomen dat dit zo is, dit echter niet kan geschieden ten nadele van derden wier feitelijke en rechtssituatie niet minder eerbiedwaardig is dan die van de tussenkomende partij ; dat verzoekster zulk een derde is (...) ; dat zij haar goede trouw bewezen heeft door niet te doen alsof zij zich van geen kwaad bewust was, maar door, (...) aan te dringen op rechtmatige aanstellingen (...) ; dat op het punt van de goede trouw haar houding zelfs gunstig lijkt af te steken tegen die van de tussenkomende partij die (vraagt te muteren) zonder er ook maar op te alluderen dat haar benoemingsbesluit zoals het gesteld is haar geen toegang geeft tot die betrekking - alvast een

Er zou kunnen worden geredeneerd dat de verzoekende partij definitief verworven rechtsaanspraken heeft omdat de overheid ten opzichte van die partij de op deugdelijke gronden gebaseerde vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing om haar te benoemen, die altijd in de vernietigde expliciete beslissing schuilt, heeft miskend in die zin dat de verdiensten van de verzoekende partij onjuist zijn gewaardeerd. De huidige zienswijze van de overwegende rechtspraak van de Raad van State is dat die beslissing niet kan worden vernietigd indien er geen rechtsplicht tot benoemen is bij de overheid en de Raad van State dus niet expliciet de vernietiging van de weigeringsbeslissing kan uitspreken. Dat kon hij in een absolute minderheidsrechtspraak - er wordt even abstractie gemaakt van de verdere evolutie in de Nederlandstalige rechtspraak - alleen als de overheid het beslissingsproces heeft hernomen waar het ontspoord is en indien de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te benoemen wordt gevraagd op grond van de schending van het gezag van gewijsde. Maar als de overheid de procedure niet herneemt zou de Raad van State haar op grond van de (impliciete) vernietiging - die de administratieve rechter wordt gevraagd, zeker bij het tweede geding, niet langer op impliciete wijze te doen - van de weigeringsbeslissing al dan niet te benoemen, met name om de titels en verdiensten (behoorlijk) te onderzoeken, moeten verplichten het onderzoek te hernemen bij die vergelijking van titels en verdiensten. De betrekking weer vacantverklaren zou een schending inhouden van de rechtsaanspraken van verzoekende partij die zij haalt uit de - liefst expliciete - vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing haar verdiensten te honoreren - eventueel geformuleerd als de vernietiging van de weigering al dan niet te benoemen, de vernietigingsgrond geeft dan aan om welke plicht terzake het gaat - gecombineerd derhalve met de overwegingen van het tweede arrest die de overheid er zouden moeten toe verplichten zich terug te plaatsen op het ogenblik van de vergelijking der aanspraken.

---

*aanduiding dat de tussenkomenende partij mogelijk niet volledig te goeder trouw was;" (R.v.St. nr. 28.128, HELLEMANS, 22 juni 1987).*

Stellen dat de weigeringsbeslissing om de rechtsaanspraken te honoreren niet moet worden aangevochten - alweer eventueel geformuleerd als de vordering tot vernietiging van de weigering al dan niet te benoemen - en niet moet worden vernietigd, betekent dat in de praktijk geen stap vooruit wordt gezet en dat verzoekende partijen Pyrrhusoverwinningen blijven boeken. Indien men aanneemt, zoals een deel van de rechtspraak doet, dat juridisch-logisch in elke benoeming tevens de weigering vervat zit om de niet-benoemde verzoekende partij te benoemen, dan is juridisch-logisch evenzeer door elke vernietiging van de benoeming, de weigering vernietigd om - dat blijkt dan uit de overwegingen van het arrest - de titels en verdiensten van verzoekende partij op deugdelijke wijze in aanmerking te nemen.

433. In weerwil van het sinds enige tijd bestaan van de rechtspraak die de negatieve beslissing vervat ziet in de positieve beslissing, wordt daarvan bij de besturen niet de corresponderende reflex gemerkt. De besturen hadden daar uitvoering kunnen aan geven of hadden het rechtsgevoel kunnen hebben dat ze uitvoering moesten geven aan de impliciete niet-benoeming door die beslissing op haar rechtmatigheid te toetsen en dus na het arrest direct aan te vatten met de deugdelijke vergelijking van de aanspraken van de kandidaten, waaronder de verzoekende partij.

434. Het oordeel is gerechtvaardigd dat, indien een bestuur daar niet uit eigen beweging toe overgaat, de verzoekende partij het bestuur daar op grond van een arrest dat alleen de benoeming vernietigt niet kan toe dwingen. Al is de onrechtmatige weigering in de overwegingen vastgesteld, een vraag aan de overheid tot een bepaald onderzoek kan niet worden gekoppeld aan een onrechtmatig bevonden impliciete weigering die niet expliciet in het dictum voorkomt. Met andere woorden een dwang in een bepaalde zin te handelen zonder dat ergens een verplichting bestaat - ze is er wel, alleen verscholen in de vernietiging van de positieve beslissing - kan de



administratieve rechter in die omstandigheden niet opleggen, zoals dit werk heeft gepoogd aan te tonen.

Trouwens heeft de Raad van State nog zelf in het arrest DE MEUTER (ten gronde) (<sup>1643</sup>), statuerend over een geding waarbij de oproep tot de kandidaten werd bestreden omdat het bestuur niet bij een oproep maar bij het onderzoek der aanspraken had moeten herbeginnen, overwogen dat na het tweede arrest, het bestuur drie wegen behoudt om na een vernietiging van een benoeming in te slaan waaronder de weg van het totaal herbeginnen van de benoemingsprocedure. Ook dat bewijst de noodzaak van dit onderzoek, met name om verzoekende partijen, die de krijtlijnen tekenen van hun proces, aan te sporen er de tweede maal in het voorwerp van het verzoekschrift een vordering tot vernietiging van de impliciete weigering bij te schrijven ; om de administratieve rechter de vraag onder ogen te brengen om alsdan mede die impliciete weigering te vernietigen in het dictum en om daarna te beslissen dat er geen drie wegen meer zijn, doch nog slechts één weg is. Slechts wat wordt gevorderd, kan door de rechter worden vernietigd onder motivering van wat de vernietiging inhoudt.

435. Elke keuze van de weg die het bestuur na een vernietigde beslissing heeft ingeslagen, zal de Raad van State, en dat is al een vooruitgang ten opzichte van vroeger, dan wel op de aanwezigheid van rechtmatige motieven toetsen maar van een verplichting om deze of gene weg te nemen, is geen sprake. Die komt er pas, juridisch en zeker in de praktijk, indien in het dictum van het arrest een weigeringsbeslissing is vernietigd. Niet langer impliciet, maar expliciet want dan gaan de kaarten anders liggen. Een weigering die op die wijze getoetst werd door de administratieve rechter, moet de overheid opnieuw bekijken. Tegenover een vernietigde weigering moet een positieve daad worden gesteld. De annulatie van de weigering te benoemen in de mate dat de titels en verdiensten op onrechtmatige wijze zijn onderzocht houdt in dat de overheid

---

<sup>1643</sup> R.v.St. nr. 83.787, DE MEUTER, 2 december 1999.

het onderzoek moet overdoen en niet meer dezelfde onrechtmatigheid mag begaan ten opzichte van dezelfde persoon. Dat is een verplichting die afdwingbaar is omdat ze met gezag van gewijsde is vastgesteld. Dat gezag van gewijsde kleeft evengoed aan de motieven van het arrest maar nogmaals, welke overheid zal dat zo interpreteren en zal dat aanvaarden ?

Na het tweede annulatiearrest moet de overheid dus de aanspraken van de kandidaten vergelijken ; al de rest is haar niet langer toegestaan. Onder de focus ligt het vergelijkend onderzoek, waarbij ditmaal niets mag worden verborgen zodat de overheid op concrete wijze moet ingaan op de overwegingen van de Raad van State. De overheid mag die overwegingen bevestigen maar ze mag ze evengoed ontkrachten, telkens echter gemotiveerd. Indien de verzoekende partij geen vrede kan nemen met die nieuwe vergelijking en indien daarbij haar vermeende aanspraken opnieuw zijn miskend, kan zij de Raad van State vragen die vergelijking weer te onderzoeken, nu niet meer tevens de weigering te benoemen, insluitend de weigering haar aanspraken deugdelijk te erkennen, bestrijdend, maar de weigering bestrijdend haar te benoemen.

De gelegenheid om op rechtmatige wijze de verdiensten van verzoekende partij te erkennen of niet te erkennen had de overheid bij haar tweede onderzoek. Het was haar enige kans om aan het arrest tegemoet te komen en toch de beslissing van haar keuze te nemen. Doet de overheid dat tweede onderzoek weer op onrechtmatige wijze, dan rest haar na het volgende arrest, statuerend over een geding waarbij een weigering te benoemen mee is bestreden en mee is vernietigd, geen keuzerecht meer in dat laatste geval. Indien de Raad van State vaststelt dat de overheid opnieuw geen rekening heeft gehouden met de rechtmatige aanspraken van de verzoekende partij, is er onwil of onkunde en kan in elk geval de onrechtmatigheid niet blijven voortduren.

Zowel na het tweede als na het derde voor verzoeker gunstige arrest kan een dwangsom worden gevorderd ter

uitvoering van het arrest. Na het tweede indien de overheid niet overgaat tot een deugdelijke vergelijking van titels en verdiensten, na het derde indien de overheid niet overgaat tot benoeming. Want in beide omstandigheden is er een rechtsplicht die moet worden nagekomen : een handeling die MOET worden gesteld.

436. De wijze waarop die „tussenliggende“ weigering wordt geformuleerd, is bijkomstig : ze kan ook worden gevorderd in dier voege dat men vraagt aan de Raad van State de weigering te vernietigen verzoekende partij al dan niet te benoemen of de weigering te benoemen te vernietigen in de mate ze een in het vorig annulatiearrest vastgestelde rechtsschending miskent. Dit is, naar dit werk heeft aangegeven, de enige weg die tot volledig rechtsherstel leidt en het is een weg waar de rechtspraak klaar voor blijkt te zijn.

437. De Raad van State heeft reeds bewezen oog te hebben voor de praktische kant van de zaak. Zelfs indien bijvoorbeeld tegen een bepaalde beslissing vanuit een oogpunt van logica of vanuit een juridisch oogpunt (<sup>1644</sup>) geen annulatieberoep kan worden ingesteld omdat die beslissing geen rechtsgevolgen heeft of niet ontvankelijk kan worden bestreden omdat het een rechtens nutteloze beslissing betreft, heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat het vanuit een praktisch oogpunt gewenst is ze te vernietigen. Dat doet de administratieve rechter *„om het geloof in het juridisch bestaan ervan onmogelijk te maken door formeel rechtelijk te vernietigen wat materieel rechtelijk inhoudloos is“* (<sup>1645</sup>).

Willen we dus wel samen met bepaalde rechtspraak van de Raad van State erkennen dat bij de schorsing of de vernietiging van een positieve beslissing die een keuze heeft gemaakt, de weigeringsbeslissing ten aanzien van wie meedong om te worden uitgekozen, impliciet mede geschorst of vernietigd is, dan

---

<sup>1644</sup> R.v.St. nr. 28.578, VAN DEUN, 13 oktober 1987.

<sup>1645</sup> R.v.St. nrs. 30.122, 30.123 en 30.125, VAN DEUN, alle van 24 mei 1988.

wordt aan de administratieve rechter gevraagd, toch ook de impliciete weigeringsbeslissing uitdrukkelijk te vernietigen - of te schorsen - „om het geloof in het juridisch bestaan ervan mogelijk te maken door formeelrechtelijk vast te stellen wat materieelrechtelijk bestaat (<sup>1646</sup>)”. Alleen zo zal door elkeen aan dat bestaan gevolg moeten worden gegeven. Het lijkt dus absoluut noodzakelijk dat, mede omwille van de “eis dat een rechtsgeding tot klare rechtssituaties moet leiden”(<sup>1647</sup>), de Raad van State de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing in het dictum van zijn arrest opneemt zodat onbetwistbaar (<sup>1648</sup>), zowel ten aanzien van het noodzakelijk op het tweede annulatiearrest te volgen onderzoek als ten aanzien van de noodzakelijk na het derde annulatiearrest te treffen beslissing, komt vast te staan dat die weigeringsbeslissingen en de vernietiging ervan juridisch een feit zijn. Zodat de Raad van State daadwerkelijk de beschermer is van de ten onrechte niet-benoemde tegen onrechtmatig bestuur.

---

<sup>1646</sup> Omgekeerd heft een impliciete intrekking de materiële rechtskracht van een beslissing op, maar laat die beslissing formeel bestaan. De rechtszekerheid en de duidelijkheid in de rechtsverhoudingen vereisen dat ook aan dat formeel bestaan een einde wordt gemaakt (R.v.St. nr. 18.049, DE GRENDEL, 18 januari 1977). Over het onderscheid tussen materiële en formele rechtskracht zie bijvoorbeeld W. VAN NOTEN, “Rechtsgevolgen van de vernietiging van een reglement t.a.v. de individuele toepassingsmaatregelen”, noot onder R.v.St. nr. 18.621, AWOUST e.a., 8 december 1977, R.W. 1978-79, 1651-1658.

<sup>1647</sup> Bijvoorbeeld R.v.St. nr. 13.030, LOMBAERT, 19 juni 1968 ; R.v.St. nr. 16.447, KOECKELBERG, 28 mei 1974 ; voetnoot 1460.

<sup>1648</sup> (...) dat de Raad van State het also uitdrukkelijk en nadrukkelijk tot uiting brengt ...” (R.v.St. nr. 62.602, VLAEMINCK, 16 oktober 1996).